ntswissenschaft.
4034
3 1761 08306650 6

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by

Rutherford Library,
University of Alberta

J 435

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses

von

Franz Xaver J. F. Nippel,

k. k. Landrathe, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

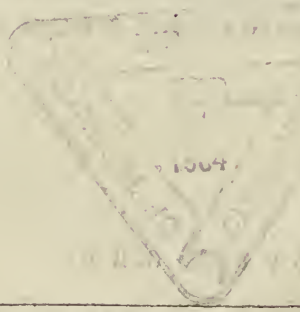
Vierter Band,

enthaltend die §§. 531 bis einschließig 726.

Grätz, 1832.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

K
Nn196
E1
1830
Bd. 4



Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

Achtes Hauptstück.

Von dem Erbrechte.

§. 531.

Verlassenschaft.

Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß.

1) Verlassenschaft oder Nachlaß heißt, wie schon das Wort mit sich führt, der Inbegriff des ganzen Vermögens, welches Jemanden in dem Augenblicke seines Ablebens zuständig war, und das er bey seinem Tode zurück läßt.

Zur Verlassenschaft gehören also alle körperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen, so wie auch alle (persönliche oder dingliche) Sachenrechte, welche nicht in persönlichen Verhältnissen gegründet waren, und daher auch nicht mit dem Tode erlöschen. Es bemerkt daher schon Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare, daß die Personenrechte (§. 15) und die in bloß persönlichen Verhältnissen gegründeten, oder auf die Lebenszeit des Besitzers ausdrücklich eingeschränkten, sohin höchst persönlichen Sachenrechte, z. B. die aus einem Amte, einer persönlichen Würde entspringenden Rechte, das Recht einer persönlichen Servitut (§. 529) oder bloß persönliche Vertragsrechte, (wie §§. 955, 1022, 1070 und 1071) kein Gegenstand der Verlassenschaft seyn. Zu diesen bloß persönlichen Rechten gehören insbesondere der Gebrauch von Ordensdecorationen; daher sind bey Ableben eines österreichischen Ordensritters die betroffenen Abhandlungsbehörden und beziehungsweise die Erben verpflichtet,

das dem Verstorbenen von Seite der Ordens-Kanzley zugekommene Ordenszeichen zurück zu stellen [1]). Da übrigens die in dem 17. Absatze der Statuten des neu gestifteten Ordens der eisernen Krone den Rittern desselben auferlegte Verbindlichkeit, nach ihrem Ableben das Ordenszeichen sammt dem Statutenbuche zurückstellen zu lassen, keinen Bezug auf die Ritter des ehemahligen Ordens desselben Nahmens hat: so kann von dem Erben eines abgelebten Gliedes des ehemahligen Ordens der eisernen Krone die von demselben im Tausche erhaltene neue Decoration um so weniger zurückgefordert werden, als diese eigentlich als der Ersatz des Werthes derjenigen anzusehen ist, die er von der italienischen Regierung hatte, und ihm zum Eigenthume geworden war [2]). Gleich den Ordensdecorationen sind auch die Kreuze pro piis meritis nach dem Tode des Besitzers zurück zu stellen [3]). Dagegen sind die österreichischen silbernen oder goldenen Tapferkeits-Medaillen nach dem Tode ihres Besitzers seiner Verlassenschaft zu belassen, und den Erben, wenn sie es wünschen, das normalmäßige Aequivalent pr. 1 fl. 36 kr. Conventions-Münze für die silberne, und pr. 35 fl. 28 kr. Conventions-Münze für die goldene Medaille aus der Kriegscasse zu erfolgen [4]). Eben so sind die Medaillen, welche an Individuen vom Feldwebel oder Wachtmeister abwärts statt der, von der französisch-italienischen Regierung erhaltenen Ordenskreuze abgereicht worden sind, ein Eigenthum der Verlassenschaftsmasse [5]). Die den österreichischen Soldaten vom Feldwebel oder Wachtmeister abwärts für tapfere Thaten in den Feldzügen der Jahre 1813 und 1814 verliehenen russischen St. Georgs Kreuze V. Classe, sind, laut der hofkriegsräthlichen Verordnung vom 25. Jänner 1815, für ein beständiges Eigenthum der kais. österreichischen Armee erklärt worden, es ist daher von jedem Todesfalle eines mit diesem Kreuze betheilten Mannes dem Hof-

---

1) Hofdecret vom 14. Febr. 1817; J. G. S. Nr. 1314.
2) Hofdecret vom 3. July 1817; J. G. S. Nr. 1351.
3) Hofdecret vom 30. Dec. 1820; J. G. S. Nr. 1726.
4) Vorschrift vom 19. März 1809. Siehe Bergmayr das bürgerliche Recht für die österreichische Armee. 2 B., S. 237—238.
5) Hofkriegsräthliche Circular-Verordnung vom 28. Jänner 1820; Ebenda S. 237.

kriegsrathe im Dienstwege die Anzeige zu erstatten [1]). Da Kreuz-Partikeln und Reliquien kein Gegenstand der Schätzung und Veräußerung sind, so kann weder derselben Verkauf in und außer dem Versteigerungswege, oder deren Beschlagnahme in Concurs- und Verlassenschaftsfällen, noch deren Uebertragung an Akatholiken als Erben gestattet werden; daher in allen diesen Fällen, wenn sich Kreuz-Partikeln oder Reliquien in sogenannten Reliquarien befinden, mit Zuziehung eines Commissärs des katholischen Consistoriums, wenn dieses im Orte sich befindet, sonst aber des katholischen Ortsseelsorgers, die Kreuz-Partikeln oder Reliquien von der Fassung zu trennen; und wenn dieses unthunlich befunden werden sollte, dieselben sammt der Fassung an das Consistorium oder dem Ortsseelsorger zu übergeben sind [2]). —

In wie fern gehört der Anspruch auf Besoldung noch in die Activmasse eines verstorbenen Beamten? — Bey Beantwortung dieser Frage ist zu bemerken, daß den wirklichen Regierungs-, Gubernial-, Appellationsräthen und allen in dergleichen oder in einem höheren Range stehenden Beamten die Besoldung am 16., den übrigen minderen Beamten aber im Anfange eines jeden Monaths ausbezahlt werde, und zwar ohne Unterschied, ob sie ihre Besoldungen aus der Cameral, ständischen, städtischen oder politischen Fondscasse beziehen. — Wenn daher ein Beamter der ersteren Cathegorie den 16. Tag des Monaths und einer der letzteren den 1. erlebt hat, so hat seine Verlassenschaft auf die Besoldung für den ganzen Monath Anspruch. Wäre dagegen ein Beamter der ersteren Cathegorie vor dem 16. des Monaths verstorben, so wird der Verlassenschaft die Besoldung bloß bis zum Sterbetage inclusive erfolgt. Nur die Besoldungen der Räthe der untersten landesfürstl. Instanzen machen hier eine Ausnahme, indem den Erben dieser Beamten, ungeachtet letzteren die Besoldung mit Anfang jeden Monathes ausbezahlt wird, der ganze Gehalt des Sterbemonaths nur dann gebührt, wenn der Verstorbene den 16. Tag des Monaths erlebt hat. Die mit den Ge-

1 *

1) Hofkriegsräthliche Circular-Verordnung vom 28. Jän. 1820; Siehe Bergmayr das bürgl. Recht für die österr. Armee. 2 B., S. 239.

2) Justiz-Hofdecret vom 25. October. 1826.

halten der Beamten verbundenen Geld-Emolumente sind, in so fern nicht für ihre Erfolgung, wie z. B. bey den Quartiergeldern, Reise-Pauschalien eigene Termine bestimmt sind, immer gleichzeitig mit dem Gehalte zu erfolgen, es hat daher auch in Ansehung derselben das oben Gesagte zu gelten [1]). Bey dem Todesfalle eines mit Quartiergeld betheilten Beamten in Wien haben dessen legitimirende Erben das Quartiergeld für das nächste halbe Jahr, somit die Erben eines nach Georgi verstorbenen Beamten oder Dieners noch für das nachfolgende halbe Jahr, von Georgi bis Michaeli, zu beziehen [2]). Die Reise-Pauschalien enden sich mit dem Tage des Dienstesaustrittes, sohin auch mit dem Todestage des Betheilten. Die Gebühren der Pensionisten und Quiescenten der mit Erziehungs- oder Unterhaltsbeyträgen und Gnadengaben betheilten Waisen, oder andere im Genusse von Gnadengehalten stehenden Personen, dann der Professionisten sind, wenn sie den 25. des Monaths, als den zur Erhebung dieser Gebühren bestimmten Tag, erlebten, ihnen selbst, oder wenn sie nach genanntem Tage, ohne ihren Genuß bezogen zu haben, gestorben sind, ihrer Verlassenschaft für den ganzen Monath zu verabfolgen.

2) Die zur Zeit des Todfalles in dem Eigenthume des Erblassers sich befindlichen, auf die Erben übertragbaren, Gegenstände bilden nun den Activstand des Verlasses. Mit diesem Activstande stehen aber alle hierauf ruhenden Lasten und Beschränkungen oder daraus zu tilgenden Schulden in innigster Verbindung, und machen gleichsam den anderen Theil des Nachlasses, nähmlich den Passivstand, aus. Denn der Erbe tritt nicht nur allein in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Erblassers (§. 548), welche er in dem Falle, als er sich unbedingt als Erbe erkläret hat, selbst ohne Berücksichtigung des von dem Erblasser hinterlassenen Activ-Vermögens, das möglicher Weise = 0 seyn kann, aus Eigenem zu erfüllen hat (§. 801).

---

1) Hofkammer-Decret vom 7. Dec. 1825; P. G. S., 53. B., S. 238, und Hofkanzley-Decret vom 20. April 1826; P. G. S., 54. B., S. 45. Hofkammer-Decret vom 23. August 1823; Hofkanzley-Decret vom 2. Jänner 1828.

2) Hofdecret vom 19. Nov. 1819; J. G. S. Nr. 1626.

Es ist also auch der Passivstand der Verlassenschaftsmasse, wie es das Gesetz auch in diesem §. deutlich ausspricht, als ein wahrer Theil der Verlassenschaft oder des Nachlasses zu betrachten. Man bedarf also keineswegs der Zuhülfnahme der Algebra, um sich den Activ- und Passivstand des Erblassers als eigentliche Bestandtheile der Verlassenschaft vorzustellen [1]).

§. 532.

Erbrecht und Erbschaft.

Das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben (z. B. die Hälfte, ein Drittheil) in Besitz zu nehmen, heißt Erbrecht. Es ist ein dingliches Recht, welches gegen einen Jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksam ist. Derjenige, dem das Erbrecht gebührt, wird Erbe, und die Verlassenschaft, in Beziehung auf den Erben, Erbschaft genannt.

1) Im gemeinen Leben wird, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, das Wort Erbschaft oder Erbrecht, so wie der Ausdruck: „etwas erben," oft in einem weiteren Sinne für jeden Empfang eines Nachlasses gebraucht, man mag die ganze Verlassenschaft oder einen bestimmten Theil derselben, oder nur einzelne Stücke oder Summen daraus erhalten. — Da es aber, in rechtlicher Hinsicht, einen wichtigen Unterschied macht, ob man mit dem einen oder dem anderen der eben erwähnten Gegen-

---

1) Wann ein Spitäler nach seinem Tode einiges Vermögen hinterläßt, so muß erhoben werden, ob er a) dasselbe schon bey seinem Eintritte in das Spital besessen, oder b) erst während seiner Aufnahme in das Spital von anderwärts erworben, oder c) dasselbe nur von dem ihm aus dem Spitale zugeflossenen Genusse in Ersparung gebracht habe? wo sodann dem Spitale im ersten Falle aus sothanen Vermögen der ganze Betrag der genossenen Spitals-Portion von Zeit der Aufnahme des Verstorbenen ersetzt, im zweyten Falle nur der Betrag der genossenen Spitals-Portion vom Tage der Vermögenserwerbung vergütet, endlich im dritten Falle dem Spitale einigen Ersatz zu fordern nicht eingeräumt ist. (Normale vom 8. May 1754.)

Diese Vorschrift ist auch auf die außer dem Verpflegshause wohnenden Individuen auszudehnen, welche aus derley Verpflegs-Instituten ihre angemessene Portionen auf die Hand überkommen. (Hofdecret vom 3. Juny 1784.)

stände bedacht werde, so hat die Rechtssprache zur bestimmteren Bezeichnung auch verschiedene Ausdrücke gewählt.

2) Im eigentlichen (rechtlichen) Verstande ist Erbrecht das ausschließende Recht, entweder die ganze Verlassenschaft, oder einen solchen Theil derselben zu erhalten, welcher nur durch eine Beziehung auf das Ganze, ohne eine nähere Bezeichnung der Gegenstände oder Stücke, bestimmt wird, z. B. die Hälfte, ein Drittheil, ein Sechstheil u. s. w. Benennt der Erblasser die Sache, die Jemand nach seinem Tode als Eigenthum überkommen soll, nach ihrer Individualität, oder wenigstens nach ihrer Gattung, z. B. die mit seinem Portrait versehene goldene Dose, oder eine goldene Dose überhaupt u. s. w., — eine bestimmte Summe Geldes, — so gibt die Anordnung kein eigentliches Erbrecht, sondern nur das Recht, sich diese bestimmte Sache, oder Summe Geldes als ein Vermächtniß zuzueignen. — Derjenige, dem das Erbrecht zusteht, wird Erbe, und die Verlassenschaft, in so fern sie Einem Erben gebührt, ob sie gleich noch nicht in Besitz genommen worden ist, Erbschaft genannt. Wann daher der Jurist von Verlassenschaft im Allgemeinen spricht, so hat er bloß das Objective im Auge, und sieht von dem Subjecte, dem dieselbe zufällt, ganz weg; redet er aber von einer Erbschaft, so bezieht er diese Verlassenschaft auf das Subject, dem sie zufällt. Es kann daher eine Verlassenschaft ohne Erbschaft, aber keine Erbschaft ohne Verlassenschaft existiren.

3) Das wesentliche Merkmahl, wodurch sich eine Erbschaft von einem Vermächtnisse unterscheidet, ist somit diese, daß erstere einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten des Verstorbenen begründet, was nothwendig auch die Folge nach sich ziehet, daß der reine Erbschaftsbetrag gleich anfänglich nie bekannt seyn kann, sondern erst in Folge der Verlaßabhandlung entziffert wird, und daß selbst der durch die Verlaßabhandlung entzifferte Betrag, nie über allen Zweifel erhoben seyn könne, da sich vor Ablauf der Verjährungszeit noch immer Gläubiger mit Ansprüchen an die Verlassenschaft melden können. — Es können zwar auch auf der legirten Sache Verbindlichkeiten haften, allein sie müssen entweder von dem Erblasser ausdrücklich

mit dem Besitze des Legates in Verbindung gesetzt werden, oder sie müssen in den öffentlichen Büchern als solche eingetragen erscheinen; der Legatar ist daher sogleich in der Lage, beurtheilen zu können, ob er sich der Uebernahme des Legates unterziehen soll. Aus dem hier erörterten Begriffe einer Erbschaft, zum Unterschiede eines Vermächtnisses (Legates), glaube ich noch folgern zu dürfen, daß das von dem Erblasser eingeräumte Recht des Fruchtgenusses auf das ganze Erbschaftsvermögen, oder auf einen in Bezug auf das Ganze bestimmten Theil desselben, als kein Vermächtniß, sondern als eine wahre Erbeseinsetzung angesehen werden müsse. Denn was ist die Fruchtnießung des ganzen Vermögens oder eines in Bezug auf das Ganze bestimmten Theiles anders, als ein Erbtheil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht? — Uebrigens unterstütze ich diese Behauptung auch noch mit folgenden Gründen:

a) Der §. 647 sagt: Es sey zur Gültigkeit eines Vermächtnisses nothwendig, daß es von einem fähigen Erblasser einer Person, die zu erben fähig ist, durch eine gültige letzte Willenserklärung hinterlassen werde. Aus dieser gesetzlichen Anordnung gehet hervor, daß jedes Legat eine letztwillige Anordnung voraussetze, und daß es, was auch Herr Dr. Czada ganz richtig bemerkt [1]), selbst nach dem Geiste und den Worten des §. 535 keine gesetzlichen Legate gebe. Da nun aber im §. 757 dem überlebenden Ehegatten der Fruchtgenuß auf einen bestimmten Theil der Verlassenschaft durch das Gesetz zuerkannt ist, so kann derselbe nicht als Legat, sondern muß als Erbtheil betrachtet und behandelt werden. Mit dieser Ansicht stimmt

b) die Randrubrik des §. 757, und selbst der Inhalt des §. 758 überein, indem erstere ausdrücklich von dem gesetzlichen Erbrechte des Ehegatten spricht, und letzterer auf gleiche Weise sagt, daß in dem Falle des §. 757, der dem überlebenden Ehegatten nur einen lebenslangen Genuß eines Theiles der Erbschaft einräumt, dasjenige, was gemäß der Ehepacten

1) In seiner Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheiles. Wien 1830.

u. s. w. dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern zukömmt, in den Erbtheil eingerechnet werde. Dann

c) sagt der §. 692, daß, wenn die Verlassenschaft zur Bezahlung aller Schulden, anderen pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureicht, die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug erleiden. Diese Anordnung müßte daher auch von der Fruchtnießung gelten, wenn sie als ein Legat anzusehen wäre. Allein dieses ist offenbar der Fall nicht, denn wo keine Erbschaft vorhanden ist, hört auch die zugedachte Fruchtnießung des gesammten Erbschaftsvermögens auf.

4) Das Erbrecht ist, selbst vor der Einantwortung an den Erben, ein dingliches Recht, welches gegen Jeden, der sich der Erbschaft als Erbe anmaßt, mittelst einer eigenthümlichen Klage, nähmlich der sogenannten Erbschaftsklage, von welcher in dem §. 823 die Rede ist, geltend gemacht werden kann.

§. 533.

Titel zu dem Erbrechte.

Das Erbrecht gründet sich auf den nach gesetzlicher Vorschrift erklärten Willen des Erblassers, auf einen nach dem Gesetze zulässigen Erbvertrag (§. 602), oder auf das Gesetz.

1) Es ist eine unter den Naturrechtslehrern streitige Frage, ob es in dem sogenannten Naturstande ein Erbrecht gebe, oder nicht? — Wie aber diese Frage immer beantwortet werden mag, so bleibt so viel gewiß, daß die Philosophie des positiven Rechtes die Gesetzgeber mit überwiegenden Gründen auffordere, dieses Rechts-Institut einzuführen. — Denn abgesehen davon, daß, im Falle das von einem verstorbenen Menschen bey seinen Lebzeiten besessene Vermögen ein herrenloses Gut würde, das Jagen und Treiben der Menschen, sich dasselbe zuzueignen, nur zur Unordnung, Streit und Thätlichkeiten Anlaß geben würde, ist es ein mächtiger Sporn der productiven Thätigkeit, wenn der Eigenthümer versichert ist, daß sein vielleicht im Schweiße des Angesichts erworbenes Vermögen nach seinem Tode nicht

dem blinden Zufalle preis gegeben werde, sondern demjenigen zukomme, dem er es entweder selbst zugedacht hat, oder der im voraus von dem Gesetze zur Erwerbung dieses Vermögens berufen worden ist. — Eben darum haben auch die positiven Gesetzgebungen aller cultivirten Nationen ein Erbrecht angenommen, und unterscheiden sich nur in den Nebenbestimmungen, besonders darin, daß Einige dabey mehr den erklärten Willen des Erblassers beachten, die Anderen dagegen mehr auf bestimmte Personen sehen.

2) Indessen bleibt es gleichfalls ausgemacht richtig, daß kluge Gesetzgebungen immer ein zweyfaches Erbrecht anerkennen müssen; eines, das durch den Willen des Erblassers bestimmt, und ein anderes, das durch das Gesetz selbst wenigstens für den Fall festgesetzt wird, als eine Erklärung des Willens des Eigenthümers nicht vorhanden ist. — Ein solches zweyfaches Erbrecht erkennt auch die österreichische Gesetzgebung an. — Da jedoch der Wille des Erblassers sich auf eine zweyfache Weise äußern kann, nähmlich dergestalt, daß derjenige, welchen der Erblasser zur Erbschaft berufen will, um seine Erklärung, ob er selbe auch annehmen wolle, gar nicht befragt wird, daher auch dem Erblasser jederzeit vorbehalten bleiben soll, seine Willenserklärung wieder abzuändern, — oder auf die Art, daß der Erblasser denjenigen, den er zur Erbschaft berufen will, hiervon vorläufig in Kenntniß setzt, und sich durch die Abforderung der Erklärung seiner Annahme verbindlich macht, demselben auch die Erbschaft richtig zu hinterlassen, wodurch, nach §. 861, ein Vertrag zu Stande kömmt; so gibt es eigentlich ein dreyfaches Erbrecht.

3) Zuvörderst gibt das Gesetz dem Eigenthümer das Recht, durch eine einseitige Willenserklärung, die aber durch die gesetzlichen Förmlichkeiten außer Zweifel gesetzt seyn muß, über seine Verlassenschaft zu verfügen. — Diese Art, sein Vermögen auf die Nachlebenden zu übertragen, verdient auch gewiß von Seite des Gesetzgebers die meiste Begünstigung, und es ist nur vorzüglich darauf zu sehen, daß, in Ansehung der Förmlichkeiten, nichts vernachlässiget werde, um sich des wirklichen, ernstlichen Willens des Erblassers zu versichern. Nur unter Ehegatten läßt es

aus besonderen Gründen auch eine zweyseitige, unwiderrufliche Willenserklärung durch Erbvertrag zu (§. 602). In Abgang der einen oder anderen Erklärung aber bestimmt das Gesetz die Erbfolge theils aus dem vermutheten Willen des Eigenthümers, theils aus politischen Gründen.

§. 534.

Die erwähnten drey Arten des Erbrechtes können auch neben einander bestehen, so daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem anderen aus dem Vertrage, und einem dritten aus dem Gesetze gebührt.

Die römische Legislation stellte den Grundsatz auf: Nemo potest pro parte testatus, et pro parte intestatus accedere. Die österreichische Gesetzgebung hat diesen ohnehin in einer bloßen Spitzfindigkeit gegründeten Satz vorlängst verworfen, und nimmt vielmehr, wie von Zeiller bemerkt, den durch die ganze Lehre vom Erbrechte herrschenden, und stets vor Augen zu haltenden Hauptgrundsatz an, daß der förmlich erklärte Wille des Erblassers, so weit er keinem Pflichtgesetze widerstreitet, genau befolgt werden soll [1]). Für den Fall, daß der Erblasser seinen Willen nicht deutlich oder vollständig ausgedrückt hat, stellt der Gesetzgeber Vermuthungen auf, und überläßt es auch dem Richter, dem vermuthlichen Willen des Erblassers den echten Auslegungsregeln gemäß nachzuforschen (§§. 655 und 683). In so fern der Erblasser über sein Vermögen nicht disponirt hat, läßt das Gesetz aushülfsweise die gesetzliche Erbfolge zu. Es scheint auch an und für sich unnatürlich, daß derjenige,

---

1) Daß dieser Grundsatz die gesetzlichen Bestimmungen über das Erbrecht beherrsche, und in zweifelhaften Fällen nach ihm entschieden werden müsse, beweiset die durch Hofkanzley-Decret vom 16. November 1826 (P. G. S., B. 54, S. 128.) eröffnete allerhöchste Willensmeinung Sr. Majestät, allerhöchst welche sich über eine zur höchsten Entscheidung vorgelegte Angelegenheit dergestalt ausgesprochen haben „daß, da der Wille des Erblassers nichts Gesetzwidriges enthält, derselbe genau zu befolgen sey, und sich dieses die Behörden für ähnliche Falle zur genauen Richtschnur zu nehmen haben."

dem der Erblasser ausdrücklich nur einen Theil der Verlassenschaft zukommen machen zu wollen, erklärt hat, mehr als diesen erhalten solle. — So können also bey jedem Erblasser zwey Arten der Erbfolge: die testamentarische und gesetzliche, und wenn von Ehegatten die Rede ist, auch die dritte Art, nähmlich: die vertragsmäßige, nebeneinander bestehen (§§. 1249 und 1253). Setzt daher Jemand, der verheirathet, aber kinder- und auch älternlos ist, seinen Ehegatten in dem Erbvertrage zum dritten Theile, und den A in einem Testamente zur Hälfte der Verlassenschaft als Erben ein, so werden dessen Geschwisterte, als gesetzliche Erben, den erübrigenden sechsten Theil erhalten.

§. 535.

Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtniß.

Wird Jemanden kein solcher Erbtheil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht, sondern nur eine einzelne Sache, Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, Eine Summe, oder Ein Recht zugedacht; so heißt das Zugedachte, obschon dessen Werth den größten Theil der Verlassenschaft ausmacht, ein Vermächtniß (Legat), und derjenige, dem es hinterlassen worden, ist nicht als ein Erbe, sondern nur als ein Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten.

Der Unterschied zwischen einer Erbschaft, im eigentlichen Sinne des Wortes, und einem Vermächtnisse ist schon bey Erläuterung des §. 532 näher erörtert worden. Hier wird nur bemerkt, daß es weder auf die Größe des Nachlasses, noch auf die eigene Benennung des Erblassers ankomme, der sehr oft denjenigen als Erben benennet, der den größten Theil der Verlassenschaft erhalten soll. In machen Beziehungen gelten zwar bey Vermächtnissen die nähmlichen Grundsätze wie bey Erbtheilen, z. B. wenn es sich um die Fähigkeit, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß in Empfang zu nehmen, handelt; aber in vielen anderen Beziehungen haben bey dem einen und dem anderen Falle

ganz andere Bestimmungen Statt, in Ansehung derer es sehr wichtig ist, zu bestimmen, ob der Bedachte als Erbe oder Vermächtnißnehmer anzusehen sey. Da der gegenwärtige §. ausdrücklich einzelne Rechte als Gegenstand eines Vermächtnisses erklärt, so scheint auch das Recht der Fruchtnießung darunter begriffen zu seyn, und daher meine bey Erläuterung des §. 532 geäußerte Ansicht sich dadurch als irrig darzustellen. Allein unter den hier erwähnten Rechten glaube ich nur jene verstehen zu können, die sich auf einzelne Sachen, oder auf Gesammtsachen, mit Ausnahme der Erbschaft, beziehen; daher auch das Recht der Fruchtnießung einzelner, oder gewisser Gattungen von Sachen, nicht aber das Recht der Fruchtnießung der ganzen Erbschaft. — Diese Behauptung steht auch mit den gesetzlichen Anordnungen über Fideicommisse in größter Harmonie. Denn was ist ein Fideicommißerbe anders, als ein Nachfolger in der Fruchtnießung eines Verlassenschafts-Vermögens?

§. 536.

Zeitpunct des Erbanfalles.

Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein. Stirbt ein vermeintlicher Erbe vor dem Erblasser, so hat er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen können.

§. 537.

Hat der Erbe den Erblasser überlebt; so geht das Erbrecht, auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frey vererbliche Rechte, auf seine Erben über; wenn es anders durch Entsagung oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.

1) Da jede Verlassenschaft in dem Inbegriffe der nicht bloß in persönlichen Verhältnissen sich gründenden Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bestehet, so kann von einem wirklichen Erbrechte nur dann eine Rede seyn, wenn der Todfall eines Menschen wirklich eingetreten ist. Zwar pflegt man

oft schon bey Lebzeiten eines Menschen von dessen Erben zu sprechen, und versteht darunter gewöhnlich diejenigen Personen, die als Erben eintreten würden, wenn ersterer mit Tode abgehen sollte. Solche Personen sind aber nur vermeintliche, noch keine wirkliche Erben, indem ihr Recht gewöhnlich noch von dem Willen des Erblassers abhängt, daher widerruflich ist. Es gibt zwar auch Fälle, wo Jemanden mehr als ein bloß widerrufliches Recht schon bey Lebzeiten des Erblassers auf dessen Verlassenschaft, oder wenigstens einen Theil desselben zusteht, was z. B. bey einem Ehegatten, dem in dem Erbvertrage ein Erbrecht zugesichert ist, bey einem Notherben, bey den nächsten Verwandten eines Wahnsinnigen, eines gerichtlich erklärten Verschwenders u. s. w. der Fall ist. Allein eigentliche Erben sind auch diese Personen noch nicht, indem bey Lebzeiten des Erblassers die Object ihres Erbrechtes, nähmlich die Verlassenschaft, mangelt, die den Tod des Erblassers nothwendig voraussetzt, und es geschehen kann, daß zur Zeit, als das Object ihres Erbrechtes, die Verlassenschaft, vorhanden ist, selbe zu erben unfähig sind. — Der Zustand dieser Personen ist sohin von dem der übrigen vermeintlichen Erben nur in so weit verschieden, daß ihre Erwartung, bey dem Todfalle des Erblassers als Erben einzutreten, gesicherter ist, als die der Letzteren. — Das wirkliche Erbrecht setzt also immer den Tod des Erblassers voraus.

2) Man theilt den Tod gewöhnlich ein: in den natürlichen und bürgerlichen Tod. Was natürlicher Tod sey, ist ohnehin klar und bedarf keiner Erläuterung. — Wir wollen daher nur diesen letzteren einer genaueren Untersuchung unterziehen. — Der bürgerliche Tod ist, wie von Zeiller bemerkt [1]), theils dem Nahmen, theils der Sache nach, aus dem römischen Rechte und den Schriften der Commentatoren in die neueren Rechts- und Gesetzbücher übergegangen. Die Römer stellten nur drey bürgerliche Urrechte als Grundbedingungen aller übrigen Rechte und eines thätigen bürgerlichen Lebens, folglich auch nur einen dreyfachen bürgerlichen Zustand: die persönliche Freyheit,

1) Man sehe dessen Abhandlung: Gibt es nach den österreichischen Gesetzen einen burgerlichen Tod? Wagn. Zeitsch. 1826. X. Heft, S. 161 — 175.

die Staatsbürgerschaft und den Familienstand auf. Sie unterscheiden daher drey Stufen von dem Verluste desselben. — Die höchste Stufe war der Verlust der persönlichen Freyheit sammt dem davon abhängenden Bürgerthume und Familienzustande durch die aus der Kriegsgefangenschaft und aus der Verurtheilung zu schweren öffentlichen Arbeiten entsprungene Sclaverey. Die mittlere bestand in dem Verluste der Staatsbürgerschaft, mithin auch des Familienstandes durch Exilirung oder Deportation. Eine Veränderung des Familienstandes geschah durch den Uebergang aus einer Familie in die andere, durch eine vollständige Annahme an Kindesstatt (arrogatio oder adoptio plena) oder durch Emancipation. — Indessen kommt der Ausdruck: „bürgerlicher Tod (mors civilis)" selbst in der justinianischen Gesetzsammlung nicht vor, nur liefert sie Bruchstücke der alten Rechtsgelehrten, worin der Verlust römisch-bürgerlicher Rechte dem Tode gleich gestellt wird, welches dann erst den Commentatoren die Veranlassung gab, den Ausdruck: „bürgerlicher Tod" zu schaffen. — Das französische Gesetzbuch widmet dem bürgerlichen Tode als Strafe ein eigenes Capitel, und verweiset in der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge darauf. Nach diesem Gesetzbuche verliert der bürgerlich Todte das Eigenthum seines Vermögens, welches er zur Zeit seiner Verurtheilung besaß, und fällt dasselbe seinen gesetzlichen Erben zu; er kann weder eine Erbschaft erwerben, noch auch ganz oder theilweise unter Lebenden oder von Todeswegen über jenes Vermögen verfügen, welches er nach seiner Verurtheilung erworben hat; nur Alimente dürfen ihm zugesichert werden. Er kann nicht Vormund seyn und keine vormundschaftliche Handlung unternehmen; er ist unfähig gerichtlich oder außergerichtlich eine Zeugenschaft abzulegen, und will er als Kläger oder als Beklagter vor Gericht erscheinen, so kann er es nur unter dem Nahmen und Beystande eines eigens zu ernennenden Curators. Endlich kann er auch keine bürgerliche gültige Ehe schließen, die frühere wird, in Bezug auf alle ihre bürgerlichen Wirkungen, aufgelöset, und seine Gattinn und seine Erben sind zur Ausübung aller Rechte befugt, welche ihnen sein natürlicher Tod einräumen würde. — So-

wohl unser Civil- als Strafgesetzbuch schweigen von einem bürgerlichen Tode. — Doch gibt es einige, besonders in der politischen Gesetzgebung gegründete Fälle, welche solche Rechtsfolgen nach sich ziehen, die man gewöhnlich mit dem bürgerlichen Tode verbindet. — Dieses ist z. B. der Fall bey jenen, welche in einen geistlichen Orden treten, der von den Amortisationsgesetzen nicht ausgenommen ist. Ein solcher Mensch entsagt durch das Gelübde der Armuth (eigentlich Eigenthumslosigkeit, wie auch in der Profeßformel der Ausdruck: „sine proprio vivere," vorkömmt) seinen früher als Eigenthum besessenen Gütern, und darf auch in der Folge kein Eigenthum mehr erwerben. Auswanderer verlieren zur Strafe alle ihre bürgerlichen Rechte, und ihr Vermögen, welches sie zur Zeit der Entweichung hatten, wird eingezogen; ausgenommen, wenn der Ausgewanderte Kinder hinterläßt, in welchem Falle diesen das väterliche Verwögen zufällt, und was ihm in der Folge durch Erbschaft oder auf was immer für eine andere Art zuwächst, gehört seinen gesetzlichen Erben nach der gemeinen Erbfolge [1]). — Einige rechnen auch den Fall unter den bürgerlichen Tod, wenn ein Vermißter gerichtlich für todt erklärt wird. Allein diese gerichtliche Todeserklärung ist lediglich eine Entscheidung, daß der Beweis des natürlichen Todes eines Menschen aus Zusammentreffen von Vermuthungsgründen hergestellt sey. Herr Professor v. Hüttner [2]) wirft die Frage auf: ob ein von dem Criminal-Gerichte in contumaciam zum Tode Verurtheilter, nachdem das Urtheil, zu Folge des §. 498 des ersten Theiles des Strafgesetzes, vollzogen wurde, als bürgerlichtodt zu betrachten sey, und mit seinem Vermögen, wie mit dem eines Verstorbenen, vorgegangen werden könne? und beantwortet diese Frage bejahend. — Seine Gründe für diese Beantwortung bestehen in Folgendem: Ein von dem Criminal-Gerichte ordnungsmäßig erlassenes Contumaz-Urtheil sey ebenfalls ein, wegen erhaltener rechtlicher Gewißheit, daß der Beschuldigte das Verbrechen begangen habe, geschöpftes Criminal-

1) Siehe Ausw. Patent vom 10. Aug. 1783; §. 27 und 23.

2) In seiner Lehre der gesetzlichen Erbfolge. S. 70 — 75.

Urtheil, es gründe sich, wie jedes andere, auf eine rechtliche Ueberweisung, und die Strafe erfolge für das begangene Verbrechen, indem zur Gültigkeit eines solchen Urtheiles weder der Thatbestand noch auch die Person des Thäters einem Zweifel unterliegen darf, und der Beschuldigte nur in Folge der vorhandenen rechtlichen Beweise der Schuld, und nach vorhergegangener ordnungsmäßiger Berathschlagung, gleich als wäre er zugegen, verurtheilt werden kann. Diesemnach sey es ganz consequent, wenn in dem §. 499 des ersten Theiles des Strafgesetzbuches verordnet wird, daß, in so ferne ein solches Urtheil den Verlust des Adels verhängt, und so weit aus demselben die, in dem §. 23 erwähnten allgemeinen Wirkungen entstehen, es auch bey fortwährender Abwesenheit des Verurtheilten zur Erfüllung gebracht werden müsse. — Eine Folge des Todesurtheiles sey aber die Hinrichtung des Verurtheilten, welche, da sie bey einem Contumaz-Urtheile physisch nicht Statt haben kann, bildlich durch ein Zeichen vorgenommen wird. Diesen gerichtlichen Act könne man für nichts anderes halten, als für eine öffentliche Erklärung, daß der sinnbildlich Hingerichtete des Lebens verlustig sey, und man ihn, weil er nicht physisch getödtet werden kann, als bürgerlich todt betrachtet wissen wolle; sonst wäre die sinnbildliche Hinrichtung ein leeres Zeichen ohne Bedeutung und Gehalt. In den älteren Zeiten sey mit einer solchen sinnbildlichen Hinrichtung jederzeit die Confiscation des Vermögens verbunden gewesen; nachdem aber durch das neue Strafgesetz die Confiscation des Vermögens aufgehoben worden ist, und ein Todter vernünftigerweise kein Vermögen besitzen kann, so scheine die Behauptung ganz folgerecht, daß das Vermögen eines in contumaciam Hingerichteten, als ein Nachlaß betrachtet, und entweder den gesetzlichen oder den testamentarischen Erben (wenn nähmlich das Testament noch vor dem Tage der Kundmachung des Urtheiles errichtet wurde) eingeantwortet werden könne. Der Tag, an welchem die sinnbildliche Hinrichtung vollzogen wurde, wäre als der Todestag des Verurtheilten zu betrachten. — Was dem Herrn Verfasser in dieser Meinung noch bestärke, sey die Erwägung, daß sonst das

Contumaz-Urtheil, nach der Vorschrift des §. 23 des ersten Theiles des Strafgesetzes, nicht ganz zur Erfüllung gebracht werden könnte, was doch das Gesetz ausdrücklich im §. 499 des ersten Theiles des Strafgesetzbuches verordne; denn in diesem Paragraphe heiße es sub c): „der Verbrecher kann von dem Tage des ihm angekündeten Urtheiles, und so lange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errichten." Bey der Todesstrafe dauere aber die Strafzeit nur einige Minuten, höchstens durch jenen Zeitraum, welcher vom Anfange der Ausführung des Verbrechers zu dem Richtplatze bis zu dem Ende der Hinrichtung verstreichet; wollte man nun den in contumaciam Hingerichteten nicht für bürgerlich todt ansehen, so würde folgen, daß er nach geschehener Execution des Contumaz-Urtheiles, da seine Strafzeit schon vorüber ist, wieder in alle bürgerliche Rechte eintreten, und, offenbar gegen die Absicht und den Willen des Gesetzgebers, sowohl unter Lebenden gültige Geschäfte schließen, als auch eine letzte Anordnung errichten könnte. Daß der in contumaciam Verurtheilte und Hingerichtete, wenn er in der Folge ergriffen wird, oder sich selbst vor das Gericht stellet, aufs Neue abgeurtheilet werden müsse, und es möglich ist, daß er in diesem zweyten Urtheile nicht zum Tode verdammet werde, in einem solchen Falle aber das bereits den Erben eingeantwortete Vermögen dem Inquisiten wieder ausgefolgt werden müßte, scheine obiger Behauptung nicht im Wege zu stehen; denn bey einem Verschollenen trete derselbe Fall ein, auch dieser könne, nach erfolgter Todeserklärung, und nachdem das Vermögen den Erben eingeantwortet sey, wieder erscheinen, sein Vermögen zurückfordern, und in seine vorigen Rechte eintreten. Deßhalb werde doch Niemand läugnen, daß er, nachdem die Todeserklärung Rechtskraft erlangt habe, bis zu seiner Wiedererscheinung wirklich für bürgerlich todt zu halten sey. — Da ich indessen die verneinende Beantwortung der obigen Frage für die richtige halte, so liegt es mir ob, das Gewicht der hier für das Gegentheil aufgeführten Gründe einer näheren Prüfung zu unterziehen. Das ganze Raisonnement beruht größtentheils auf der

nach meiner Ueberzeugung unrichtigen Ansicht, daß die im §. 498 des Strafgesetzbuches, ersten Theiles, angeordnete Anschlagung des Strafurtheiles an einem Galgen eine sinnbildliche Vollstreckung des Todesurtheiles sey. — Der Inhalt des §. 498, so wie seine Randrubrik, reden bloß von der Kundmachung und nicht von der Vollstreckung des Urtheiles, und so wenig bey dem in contumaciam zum Kerker verurtheilten Abwesenden die Affigirung des Urtheiles an dem Pfahle als eine sinnbildliche Vollstreckung der Kerkerstrafe angesehen werden kann, so wenig kann bey dem zum Tode Verurtheilten die Affigirung des Strafurtheiles an einem Galgen für eine sinnbildliche Vollstreckung der Todesstrafe gehalten werden. — Eben daher verbindet das Gesetz mit dieser Affigirung keine anderen nachtheiligen Rechtsfolgen, als welche nach §. 23 mit der Kundmachung eines rechtskräftigen Strafurtheiles verbunden sind. — Die Affigirung und öffentliche Kundmachung des Urtheiles hat bloß zum Zwecke, dem Publicum bekannt zu geben, welcher Strafe sich der flüchtige Verbrecher verdient gemacht habe; und hierzu ist die Anwendung eines Galgens, anstatt des sonst zu brauchenden Pfahles, wenn der Flüchtige sich der Todesstrafe schuldig gemacht hat, ein passendes sinnliches Zeichen, auch für jene erkennbar, welche des Lesens nicht kundig sind. — Bey der Todesstrafe kann von einer Strafzeit keine Rede seyn; der Ausdruck: „und seine Strafzeit dauert" bezieht sich nur auf die zum schweren Kerker verurtheilten Verbrecher; darum hat sich auch der Gesetzgeber im §. 574 des bürgerlichen Gesetzbuches einer solchen Stylisirung bedient, aus welcher deutlich zu ersehen ist, daß der Ausdruck: „seine Strafzeit dauert," im §. 23 des Strafgesetzbuches ersten Theiles, nur auf die zum schweren Kerker Verurtheilten bezogen werden müsse. — Eine so wichtige Rechtsfolge, welche, nach der Meinung des seligen Professors von Hüttner, mit der Verurtheilung eines Flüchtigen zur Todesstrafe in Verbindung stehen soll, wäre doch gewiß von dem Gesetzgeber ausdrücklich festgesetzt worden. Vielmehr beschränkt ja der §. 499 die Wirkungen der Kundmachung eines solchen Urtheiles ausdrücklich nur auf die im §. 23 des Strafgesetzbuches aufgeführten Folgen. — Uebrigens

kann die Verurtheilung zur Todesstrafe in contumaciam mit der Todeserklärung eines Verschollenen in keine Parallele gesetzt werden; denn bey der ersteren wird das natürliche, physische Leben des Verurtheilten vorausgesetzt, bey dieser dagegen wird aus den vorhandenen Umständen der physische Tod rechtlich gewiß angenommen. — Der als todt Erklärte wird bis zu seiner Wiedererscheinung nicht für bürgerlich, sondern für wirklich natürlich todt gehalten, und wäre ihm in der Zwischenzeit eine Erbschaft angefallen, und anstatt seiner von demjenigen in Besitz genommen worden, dem sie im Falle, als ersterer wirklich verstorben wäre, gebührt hätte, so müßte sie dieser bey dem Wiedererscheinen des ersteren ohne weiters herausgeben, was doch der Fall nicht wäre, wenn der Todterklärte bis zu seiner Wiedererscheinung als bürgerlich todt zu achten wäre. Wenn ein Verschollener, der noch lebt, wirklich für todt erklärt würde, so befindet er sich in keinem anderen Verhältnisse, als derjenige, der auf den Grund eines von dem Pfarrer betrieglich oder leichtsinnig ausgestellten Todtenscheines als todt angesehen und behandelt wird. Von diesem wird man gewiß nicht sagen, daß er bürgerlich todt war.

3) Da das eigentliche Erbrecht erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, sohin vor dem Tode desselben nur eine Hoffnung, die Erbschaft zu erlangen, vorhanden seyn kann, so kömmt, der Regel nach, bey dem Erbrechte Alles auf den Moment des Todes desjenigen an, dessen Vermögen beerbt werden soll. — Der Todestag des Erblassers ist somit auch der regelmäßige Anfallstag der Erbschaft. Denn angefallen nennet man ein Recht, wenn dasselbe zur wirklichen Existenz gelangt, welches bey dem Erbrechte, der Regel nach, mit dem Tode des Erblassers geschieht. Von dem Anfallstage ist der Zahlungstag zu unterscheiden, worunter man jenen Zeitpunct versteht, wo die aus dem Rechte entspringende Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen ist. — So ist z. B. das Recht eines Beamten, die mit seiner Stelle verbundene Besoldung zu genießen, demselben mit dem Zeitpuncte der Eidesablegung angefallen, aber der Zahlungstag ist bey einigen Classen derselben auf die Mitte

jedes Monaths festgesetzt. So kann der berufene Erbe auf die Uebergabe der Erbschaft in sein wirkliches Eigenthum nur dann dringen, wenn er sich zum Erben erkläret (§. 799), sein Erbrecht gehörig ausgewiesen und die Erfüllung der ihm obliegengen Verbindlichkeiten dargethan hat (§. 819). Allein selbst noch vor der Erbserklärung ist ihm, wenn er anders den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebt, der Regel nach (§. 545), obschon er von der Berufung zur Erbschaft nichts gewußt hat, das Erbrecht schon angefallen.

4) So lange aber dem vermeintlichen Erben das Erbrecht noch nicht angefallen ist, kann es auch von ihm auf keinen Andern übertragen werden. — Ist ihm aber das Erbrecht durch den früher eingetretenen Todfall des Erblassers bereits angefallen, dann wird dasselbe von ihm, wenn er sich auch noch nicht erbserklärt hat, an seine (Testaments-, Vertrags- oder gesetzliche) Erben übertragen. — War übrigens das Erbrecht schon bey dem Tode des Erblassers durch Entsagung oder auf eine andere Art erloschen, so konnte ihm dasselbe auch durch den Tod des Erblassers nicht mehr anfallen.

5) Da es zur Geltendmachung des Erbrechtes wesentlich nothwendig ist, daß der durch letzten Willen oder durch das Gesetz Berufene zur Zeit des Todes des Erblassers wirklich noch am Leben sey, und jedes Erbrecht den Tod des Erblassers voraussetzt, dieser aber ein Factum ist: so müssen diejenigen, welche behaupten, daß ein Erbrecht auf sie übertragen worden sey, erweisen, daß der Erblasser, um dessen Erbschaft es sich handelt, vor demjenigen verstorben sey, als dessen Repräsentanten sie die Erbschaft in Anspruch nehmen. — Sind sie dieses nicht im Stande, so können sie auch kein Erbrecht geltend machen. Dieses ist insbesondere dann der Fall, wenn es zweifelhaft ist, welche von zwey Personen zuerst mit Tode abgegangen sey (§. 25). Bey Verschollenen, die vom Gerichte als todt erklärt wurden, kommt es auf den Zeitpunct der in Rechtskräfte erwachsenen Todeserklärung an (§. 278), indem dieser für den Zeitpunct des Todes angesehen wird.

6) Eine Ausnahme von der aufgestellten Regel, daß, im

Falle der Erbe den Erblasser überlebt, das Erbrecht auch auf die Erben des ersteren übergehe, ist dann vorhanden, wenn Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung als Erbe eingesetzt ist, indem in diesem Falle der eingesetzte Erbe auch die Erfüllung der Bedingung überleben muß (§. 703).

7) Was von dem eigentlichen Erbrechte, wovon in diesem Hauptstücke die Rede ist, gesagt wird, dehnt der gegenwärtige Paragraph gelegenheitlich auch auf andere frey vererbliche Rechte aus. — Daher wird auch ein Vermächtniß von dem, den Erblasser überlebenden Legatar, obschon er es weder angenommen, noch von dem Nachlasse Wissenschaft gehabt hat, auf seine Erben übertragen; und eben so gehen angefallene Vertragsrechte, obgleich der Zahlungstag noch nicht eingetreten ist, auf die Erben über (§. 918). Auf Rechte aber, die nicht frey vererblich sind, wie auf angefallene Familien-Fideicommisse (§. 618), persönliche Servituten und andere höchst persönliche Rechte kann das Uebertragungsrecht nicht ausgedehnt werden (§§. 531 und 532) [1]).

§. 538.

Fähigkeit zu erben.

Wer ein Vermögen zu erwerben berechtiget ist, kann in der Regel auch erben. Hat Jemand dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt, oder auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht gethan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.

1) Damit aber der Erbe eine ihm angefallene Erbschaft wirklich in Besitz nehmen könne, ist nothwendig, daß sich in ihm keine Eigenschaften finden, welche ihn von der Uebernahme der Erbschaft ausschließen; d. h. er muß fähig seyn zu erben. — Dieses ist in der Regel Jedermann, der ein Vermögen über-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

haupt zu erwerben fähig ist, weil diese allgemeine Berechtigung nothwendig auch das specielle Befugniß, durch Erbschaft ein Vermögen zu erwerben, in sich begreift; und da der §. 18 die Regel ausspricht, daß Jedermann unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig sey, Rechte zu erwerben, so kann man auch obige Regel ganz allgemein in der Art fest stellen, daß jede Person zu erben fähig sey. — Niemand ist daher, der Regel nach, schuldig, seine Erbfähigkeit auszuweisen, sondern derjenige, der die Unfähigkeit einer Person, „zu erben" behauptet, muß diese erweisen.

2) Eine Ausnahme von dieser Regel greift lediglich bey Fremden Platz. — Denn diese sind, wenn sie von unseren Staatsbürgern erben wollen, in zweifelhaften Fällen bemüssigt, darzuthun, daß der Staat, dem sie angehören, auch den hierländigen Staatsbürgern, wie seinen eigenen Unterthanen, unter gleichen Umständen, die Erbfähigkeit zugestehe! (§. 33). Wie dieser Beweis hergestellt werden könne, wurde bey Erläuterung des §. 33 erwähnt. Was die türkischen Unterthanen anbelangt, so sind dieselben von allen Erbschaften und Vermächtnissen der kais. österreichischen Unterthanen jure reciproci gänzlich ausgeschlossen [1]). Dagegen sind die moldau'schen Unterthanen in den österreichischen Staaten so lange als erbfähig anzuerkennen, als die Regierung in der Moldau gegen die Unterthanen dieser Staaten ein gleiches Verfahren beobachtet [2]).

3) Die Erbfähigkeit setzt den Charakter der Persönlichkeit desjenigen Wesens, das erben soll, voraus. Aus diesem Grunde werden Mißgeburten, welche nicht unter die menschlichen Wesen gerechnet werden, von den Rechtsgelehrten auch für erbunfähig gehalten. Man versteht aber unter Mißgeburt ein organisches, von einem Weibe gebornes, jedoch von dem menschlichen zu sehr abweichendes Geschöpf, daß der Charakter der Menschheit in demselben nicht mehr erkennbar ist; und nach einer

---

1) Hofdecret vom 23. Dec. 1775 und 3. Jänner 1776; Hofkammer-Decret vom 28. July 1806. Nr. 87.

2) Höchste Entschließung vom 23. October 1820; J. G. S. Nr. 1712.

Usual-Interpretation des römischen Rechtes wurde der Kopf als das entscheidende Glied erklärt, und jenes von einem Weibe geborne Geschöpf eine Mißgeburt genannt, welches keinen menschlich gebildeten Kopf hatte. — Im Allgemeinen ist ohne Zweifel jedes von einem Weibe geborne Geschöpf gewiß gleichfalls als ein menschliches Wesen anzusehen und zu behandeln; und käme wirklich ein solches Geschöpf zur Welt, welches seiner äußern Bildung nach mehr einem Thiere als einem Menschen ähnlich sähe, so wäre das Gutachten der, auf einer höheren Stufe der medicinischen Bildung stehenden Aerzte einzuhohlen; und wenn dieses nicht bestimmt ausfiele, würde immer die Vermuthung für ein menschliches Wesen angenommen werden müssen.

4) Einem Embryo oder ungebornen Kinde, worunter eine noch von der Mutter nicht abgesonderte Leibesfrucht verstanden wird, kann zwar, wie bey Erläuterung des §. 22 bemerkt worden ist, der Charakter der Persönlichkeit nicht zuerkannt werden; doch hat das Gesetz zu Gunsten solcher Wesen §. 22, ausgesprochen, daß sie, in so weit es um ihre, und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, als bereits geboren angesehen werden. Es ist daher ein solcher Embryo, in der Voraussetzung, daß er in der Folge wirklich als lebendes Kind zur Welt kömmt, als erbfähig anzusehen und zu behandeln. — Kömmt aber ein solches ungebornes Kind in der Folge todt zur Welt, so ist es eben so viel, als wenn es gar nie vorhanden gewesen wäre. — Es kann also auch ein solches todt geborenes Kind kein Erbrecht auf seine Aeltern übertragen, wenn es auch noch so klar bewiesen werden könnte, daß dasselbe im Mutterleibe gelebt habe. Da übrigens die eigentliche Entstehungszeit eines solchen Embryo in ein undurchdringliches Dunkel gehüllt ist, so muß bey der Entscheidung der Frage: ob der Embryo schon zur Zeit des Erbanfalles existirt habe, zu der im §. 138 aufgestellten Vermuthung die Zuflucht genommen werden. Es wird daher vom Tage der Geburt eines Kindes durch zehn Monathe zurückgerechnet werden müssen; und wenn der Zeitpunct des Erbanfalls innerhalb dieses Zeitraums fällt, so wird, der Regel nach, das Erbrecht des Kindes eintreten. — Das Gegen-

theil müßte durch den Beweis mittelst Sachverständigen erprobet werden.

5) Die Erbfähigkeit beschränkt sich nicht auf physische Personen, sondern dehnet sich auf moralische Personen, Gemeinden und Gesellschaften aus. Jedoch wird vorausgesetzt, daß die Gesellschaften erlaubt seyen; denn unerlaubte Gesellschaften sind von der Erwerbung der Rechte überhaupt ausgeschlossen (§. 26). Von der Erbfähigkeit geistlicher Gemeinden wird im folgenden §. gehandelt.

6) Hat Jemand dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt, so ist er dadurch auch unfähig geworden, ein Vermögen durch Erbschaft zu erlangen. Diese allgemeine Entsagung auf das Recht, zu erwerben, tritt aber nur bey Ordensgeistlichen ein, welche durch das Gelübde der Armuth auf die Erwerbungsfähigkeit überhaupt Verzicht leisten. Auch von diesen wird in dem nachfolgenden §. umständlicher gehandelt. — Nur wird hier bemerkt, daß jeder Ordensgeistliche, der mit Dispensation seinen Orden verlassen hat, und in den Weltpriesterstand eingetreten ist, zwar alles dasjenige, was bis zu seinem Austritte aus dem Orden und Annehmung des Weltpriesterstandes den übrigen weltlichen Erben wirklich angefallen ist, und in der von ihm abgelegten abdicatione bonorum nicht begriffen seyn kann, zurück zu verlangen keine Befugniß habe, sondern die Eigenthümer bey ihren Rechten geschützt werden müssen; wohl aber ist ein solcher säcularisirter Priester von der Zeit seines Austrittes aus dem Orden, und Annehmung des Weltpriesterstandes, aller Erbschaften überhaupt, wie auch anderer Erwerbungen durch Dotationen u. s. w. allerdings fähig und theilhaftig [1]). Von der Verzichtleistung auf eine bestimmte Erbschaft, von welcher im gegenwärtigen §. eine allgemeine Erwähnung geschieht, wird ausführlicher im §. 551 gehandelt.

7) Die Unfähigkeit, aus Mangel des Vermögens zur Einwilligung, durch Vertrag zu erwerben (§. 865), schließt noch keine Unfähigkeit zu erben, keine Unfähigkeit zum Erbanfalle,

1) Patent vom 9. November 1781; J. G. S. Nr. 30.

wozu es keiner Annahme bedarf, in sich; weßwegen auch Kinder und Vernunftlose das ihnen angefallene Erbrecht auf ihre Erben übertragen.

§. 539.

In wie fern geistliche Gemeinden oder deren Glieder erbfähig sind, bestimmen die politischen Vorschriften.

1) Es ist der Staatsverwaltung daran gelegen, daß die Güter unter den verschiedenen Bürgerclassen so viel möglich vertheilet, und insbesondere nicht zu sehr in die Hände solcher bleibender Körper auf einander gehäuft werden, wo sie, weil keine weitere Veräußerung oder Vererbung Statt findet, in Beziehung auf die übrigen Bürgerclassen, ganz aus dem Verkehre kommen, und daher manus mortuae genannt werden [1]). Die Regenten Oesterreichs fanden sich daher auch bewogen, das Recht der Erwerbung der Güter für solche Communitäten besonderen Schranken zu unterwerfen. Man nennt diese, die Erwerbung der Güter beschränkenden Anordnungen: Amortisationsgesetze. Unter diese Beschränkungen gehört auch, daß solche Stifter und Klöster, der Regel nach, kein Vermögen eines Verstorbenen durch Erbschaft erlangen können. Von dieser Regel werden jedoch von Zeit zu Zeit einige Ausnahmen gemacht.

2) Dermahlen sind von dieser Regel folgende geistliche Communitäten ausgenommen:

a) Das zu St. Pölten und Krems in Oesterreich unter der Enns befindliche Institut der englischen Fräulein, welches Ordensinstitut sowohl bewegliche als unbewegliche Güter per actus inter vivos und mortis causa an sich bringen kann [2]); b) sämmtliche Ursuliner-Klöster in den k. k. österreichischen Staaten, und zwar mit der Ausdehnung auf alle bewegliche und unbewegliche Güter; jedoch haben dieselben die Verpflichtung, eine solche Erwerbung jedes Mahl der Landesstelle anzuzeigen, damit diese

1) Siehe Rechbergers Kirchenrecht. 1 Thl., §. 291.
2) Hofdecret vom 17. May 1805; J. G. S. Nr. 723.

in der Uebersicht des Vermögensstandes gedachter Institute erhalten werde [1]); c) die barmherzigen Brüder gegen gleiche Verpflichtung der Anzeige [2]); d) eben so die Elisabethiner-Orden [3]); e) das Kloster der Salesianerinnen in Wien [4]); f) das Kloster der Clarisserinnen in Sardoc [5]); g) der Piaristenorden [6]); h) die Ordensgemeinde der Mechitaristen, die sich im Jahre 1810 in Wien niedergelassen hat [7]); i) die in Tyrol und Vorarlberg wieder hergestellten Capuciner-Klöster, jedoch nur in der Beziehung, daß dieser Orden gar keine Capitalien oder liegende Güter zu seiner Dotation, es sey durch Schenkung oder Vermächtniß, anzunehmen berechtiget sey, welches seiner wesentlichen Ordensverfassung entgegen stünde; wohl aber, daß er jedes Geschenk oder Vermächtniß von was immer für einem Betrage zur alsogleichen Verwendung für den Orden, Stiftungs-Capitalien auf Messen, Jahrestage, oder andere gottesdienstliche Uebungen, wenn auch die Interessen davon den durch die Amortisationsgesetze bestimmten Betrag für eine Messe oder Jahrestag übersteigen, erhalten dürfe; wobey jedoch von einer jeden zu machenden größeren Schenkung oder Stiftung die Anzeige an die Landesstelle zu machen ist, damit die Staatsverwaltung über deren Vermögensstand immer in der nöthigen Uebersicht erhalten werde, gegen jeden Mißbrauch wachen könne, und zur Ueberzeugung gelange, wenn die Ordensgemeinde dergleichen Zuflüsse für ihre Bedürfnisse dauerhaft gedeckt, und der Fortsetzung jener Begünstigung nicht mehr benöthiget ist [8]). Eben so haben Se. Majestät mit allerhöchster Entschließung vom 4. April, die seit dem Jahre 1820 in Galizien bestehende Jesuiten-Ordens-Provinz, bis auf weitere Anordnung, von dem Amortisationsgesetze, gegen jedesmah-

1) Hofdecret vom 19. July 1805; J. G. S. Nr. 740.

2) Hofdecret vom 30. August 1805; J. G. S. Nr. 745, und 16. Juny 1826.

3) Hofdecret vom 11. October 1806; J. G. S. Nr. 788.

4) Hofkanzley-Decret vom 14. July 1808; Polit. Ges. S. 31. B., S. 17.

5) Hofdecret vom 5. April 1811; J. G. S. Nr. 939.

6) Justiz-Hofdecret vom 8. Jänner 1813; Nr. 1019.

7) Hofdecret vom 25. Jänner 1815; Nr. 1130.

8) Hofdecret vom 18. Februar 1815; J. G. S. Nr. 1133.

lige Anzeige des zugefallenen Vermögens an die Landesstelle, zu befreyen geruhet [1]).

3) Diese Erbunfähigkeit der gesammten geistlichen Corporationen dehnet sich auch auf die einzelnen Ordensglieder aus, so zwar, daß die der ganzen Corporation zugestandene Befreyung den einzelnen Gliedern nicht zu Guten kömmt. Hiervon sind jedoch ausgenommen: a) die deutschen Ordensmitglieder, hinsichtlich welcher angeordnet ist [2]), daß sie in dem Rechte der Erbsfähigkeit nicht beirret werden sollen, doch werde sich gegen den Orden und dessen Vorsteher versehen, daß nach ihrer abgegebenen eigenen Erklärung den in den k. k. Staaten befindlichen Ordensmitgliedern die Bewilligung, eine letztwillige Anordnung zu errichten, nicht ohne wichige Ursache versagt werde; b) eben so sind die Mitglieder der vier englischen Stiftshäuser, benanntlich zu St. Pölten, in der Stadt Ofen, dann zu Prag und Krems, von dem Amortisationsgesetze, mit alleiniger Ausnahme einer Erwerbung der unbeweglichen Güter, ausgenommen [3]).

4) Uebrigens sind, vermög der Verordnungen, wodurch einigen Ordens-Instituten die Befreyung von dem Amortisationsgesetze ertheilt worden ist, diese Ordens-Institute zwar unmittelbar selbst und im eigenen Nahmen sowohl durch Handlungen unter Lebenden, als durch letzte Willenserklärungen zu erwerben fähig; keineswegs aber können sie im Nahmen der Professen auf einen Pflichttheil oder Intestaterbfolge der Verwandten der-

---

1) Hofdecret vom 8. April 1828; Wagn. Zeitsch. 5. Hft., S. 269.

2) Hofdecret vom 4. July 1791; J. G. S. Nr. 147.

3) Hofdecret vom 7. Juny 1774; Theres. Gesetze. 7. B., S. 61. Die auf diesen Gegenstand Bezug habenden Verordnungen können in dem Handbuche des Heren Professor Winniwarter 2 B., S. 205 — 212 ihrem vollen Inhalte nach nachgelesen werden. Zu Folge allerhöchster Entschließung vom 11. Nov. 1830 haben Se. Majestät die Errichtung eines Conventes der Redemtoristinnen in Wien zu gestatten und dabey die Befreyung vom Amortisationsgesetze nicht bloß auf das Institut selbst, und auf Donationen inter vivos et mortis causa zu beschränken, sondern auch auf dessen einzelne Mitglieder und bey diesen auf die Erbschaften ab intestato auszudehnen geruht. — Nur ist davon die Erwerbung liegender Güter in der Art ausgenommen, daß dieselben nach der allgemeinen Norm des Amortisationsgesetzes ohne allerhöchste landesfürstliche Genehmigung nicht Statt finden dürfe. (Wagn. Zeitsch. 1831. 1. Heft. 92. B., S. 33., XVI.)

selben Ansprüche machen, oder dasjenige erwerben, was unmittelbar den einzelnen Professen zugedacht wird; vielmehr sollen solche Anordnungen zu Gunsten der des Erwerbes unfähigen Personen ungültig und wirkungslos seyn [1]).

§. 540.

Ursachen der Unfähigkeit.

Wer den Erblasser, dessen Kinder, Aeltern oder Gatten, aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib oder Vermögen auf solche Art verletzt, oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amtswegen oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann; der ist so lange des Erbrechtes unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe.

1) Bisher hat der höchste Gesetzgeber die allgemeinen Ursachen der Erbunfähigkeit, welche sich nicht auf einen bestimmten Erblasser beziehen, in so fern sie in den bürgerlichen Gesetzen gegründet sind, angeführt; in diesem und den nachfolgenden Paragraphen (540 — 543) wird nur von den relativen, d. i. jenen Erbunfähigkeits-Ursachen gesprochen, die nur gegen bestimmte Erblasser zu gelten haben. Man kann auch die in den §§. 538 u. 539 erwähnten Gründe der Erbunfähigkeit eigentlich mit der Benennung „Erbunfähigkeits-Ursachen" bezeichnen, dagegen die in den §§. 540 bis incl. 544 vorkommenden „Erbunwürdigkeits-Gründe" heißen, welche durch Vergehungen hervorgebracht werden.

2) Ein solches Vergehen ist, eine a) (objectiv) an dem Erblasser, dessen Kindern, Aeltern oder Gatten (nicht an anderen Verwandten oder verschwägerten Personen) verübte oder auch nur versuchte Verletzung. — Unter der Benennung „Kinder" werden ohne Zweifel, nach der Regel des §. 42, alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen; dagegen können

1) Hofdecret vom 23. März 1809; J. G. S. Nr. 287.

darunter nur die leiblichen, nicht auch die Adoptiv- und noch weniger bloße Pflegekinder verstanden werden, weil die Wirkungen des Adoptiv-Verhältnisses strenge nur auf den Adoptanten und Adoptirten beschränkt sind (§. 183). Es entsteht die Frage: ob hier bloß die ehelichen Kinder gemeint seyen, oder ob sich diese Vorschrift auch auf die unehelichen ausdehne? — Gewiß scheint es zu seyn, daß die unehelichen Kinder des Vaters darunter nicht zu rechnen seyen, da dieselben, der Regel nach, unter die Verwandten desselben nicht gezählet werden können, weil sie seinen Nahmen nicht tragen, und daher eine Verletzung derselben mit der Verletzung eheleiblicher Kinder in keine Parallele gesetzt werden kann. — Zweifelhafter aber scheint es, ob die unehelichen Kinder der Mutter darunter begriffen seyen? — und diese Frage scheint mir allerdings bejahend beantwortet werden zu müssen. Denn in Ansehung der Mutter genießen die ehelichen und unehelichen beynahe gleiche Rechte, — insbesondere aber führen die unehelichen Kinder den Geschlechtsnahmen der Mutter. — Ehrenverletzungen treffen daher auch, in gewisser Beziehung, sie. — Eben so wird das Schmerzgefühl der Mutter bey einer körperlichen Verletzung ihres unehelichen Kindes gewiß in eben dem Grade erregt, als es bey der Verletzung eines ehelichen Kindes der Fall ist. Eine Verringerung und Schmälerung der Vermögens-Verhältnisse des Kindes wirkt aber auch indirect auf die Mutter ein, welche gleichfalls rechtliche Ansprüche auf Unterstützung gegen ihr uneheliches Kind zu machen hat; und für den Fall, als selbes kinderlos vor ihr stürbe, vom Gesetze zu dessen Erbinn berufen ist. Ein gleiches muß auch von den Aeltern behauptet werden, worunter gleichfalls alle ehelichen Ascendenten, und nebst diesen auch die uneheliche Mutter zu verstehen ist. — Indessen wird hier offenbar vorausgesetzt, daß der Verletzte eine von dem Verletzenden verschiedene Person sey; daher kann auch der Selbstmord-Versuch eines Descendenten, Ascendenten, oder des Ehegatten unter diese Vorschrift nicht subsummirt werden [1]).

---

1) Man sehe die in der Wagner'schen Zeitschrift Jahr 1827, 10. H., im Notizenblatte S. 407 gestellte Anfrage.

3) Die Verletzung muß übrigens aus bösem Vorsatze (nicht aus bloßem Versehen oder Sorglosigkeit) geschehen, sie muß die Ehre, den Leib oder das Vermögen obiger Personen betreffen, und von solcher Art seyn, daß sie als Verbrechen oder schwere Polizey-Uebertretung dem Strafgesetze unterliegt. — Hierher gehören also besonders folgende Verbrechen, als: a) Mord und Todtschlag, b) Verwundung und andere körperliche Verletzungen, c) Zweykampf, d) Brandlegung, e) Diebstahl und Veruntreuungen, f) Raub, g) Betrug, h) Verleumdung. i) Der zweyte Fall der öffentlichen Gewaltthätigkeit, nähmlich: gewaltsamer Einfall in das fremde unbewegliche Gut, k) boshafte Beschädigung des fremden Eigenthums, l) Nothzucht, denn diese ist immer Verletzung der Ehre, zuweilen auch körperliche Verletzung. — Dagegen können die Angriffe auf die Freyheit der Menschen hierher nicht gerechnet werden, z. B. die letzten drey Fälle der öffentlichen Gewaltthigkeit, als: Menschenraub, unbefugte Einschränkung der persönlichen Freyheit und Entführung, wenn nicht dabey allenfalls eine solche körperliche Verletzung unterlauft, welche als solche dem Strafgesetze unterliegt. — Ob und in wie fern auch das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht hierher gerechnet werden könne, soll kurz berührt werden. Wenn Jemand ohne Wissen und Willen der Mutter die Abtreibung ihrer Leibesfrucht bewirket, oder zu bewirken versuchet, wird dadurch unwürdig, die Mutter, den Gatten derselben, ihre Aeltern oder ihre Kinder zu beerben; denn diese Abtreibung ist immer mit einer Verletzung des Körpers derselben verbunden. — Es ist aber die Frage: ob der Angriff auf die Leibesfrucht selbst, ohne Hinsicht auf eine körperliche Verletzung, schon die Erbunwürdigkeit begründet? — ob man nähmlich hier die Leibesfrucht schon als ein wirkliches Kind ansehen könne? — Diese Frage glaube ich nun allerdings mit nein beantworten zu müssen; denn die Leibesfrucht wird zuweilen nur vermög einer rechtlichen Fiction als ein wirklich gebornes Kind angesehen, nähmlich nur in so weit es um den Schutz der Rechte zu thun ist, die ihr für den Lebensfall aufbewahrt werden müssen; diese rechtliche Fiction, welche bloß auf diesen Fall beschränkt ist, kann um so weniger bey

Beantwortung obiger Frage zu Grunde gelegt werden, als bey Abtreibung der Leibesfrucht gewöhnlich ein unreifes, lebloses Wesen zum Vorscheine kommt, und der §. 22 sagt, daß ein todtgebornes Kind, in Beziehung auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte, so behandelt werde, als wäre es nie empfangen worden [1]).

Die hierher gehörigen schweren Polizey-Uebertretuugen sind: a) leichte Verwundungen und Verletzungen, in so fern sie absichtlich beygebracht worden sind, b) Diebstähle, Veruntreuungen, auf Gewinnsucht abzielende Betriegereyen, Bewucherungen und die sämmtlichen Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre.

4) Läßt sich aus den Umständen entnehmen, daß der Erblasser dem Beleidiger sein Vergehen verziehen habe, so fällt diese Erbunfähigkeit weg. Damit eine solche stillschweigende Verzeihung als rechtlich gewiß angenommen werden könne, müssen vorerst die Umstände, aus denen sie gefolgert wird, rechtlich gewiß seyn, und sohin, im Falle eines Widerspruches, vollständig und gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden können. — Wie aber die Umstände beschaffen seyn müssen, daß aus diesen die Verzeihung gefolgert werden könne, muß der Beurtheilung des Richters überlassen werden. Daß aber im Zweifel die Vermuthung für die Verzeihung streite, wie Einige dafür halten, weil es nicht unrecht seyn kann, im Zweifel dem Erblasser die edlere Handlungsweise zuzumuthen, und sein Schwanken selbst nicht undeutlich die innere Neigung, zu verzeihen, verrathe, halte ich nicht

---

1) Warum hat wohl hier der Gesetzgeber von der Verletzung an der Freyheit keine Erwähnung gemacht? — Ich glaube einerseits darum, weil mit der Verletzung an der Freyheit auch gewöhnlich Verletzung des Körpers verbunden ist; andererseits aber auch die Verletzung an der Freyheit dem Erblasser meistentheils auch an der Errichtung oder Abänderung des letzten Willens hindert, folglich die Anordnung des §. 532 dann eintritt. So würde z. B. ein Kind, welches seinen Vater, wie Franz Moor in Schillers Räubern, in unterirdischen Gewölbern verschlossen hielte, der väterlichen Verlassenschaft zwar nicht aus dem im gegenwärtigen, aber aus dem im §. 532 berührten Grunde verlustig werden. Hätte das Kind aber den Vater nicht so strenge behandelt, und ihm doch die Möglichkeit verschafft, ein Testament zu machen, so könnte letzterer dasselbe enterben; denn dasjenige Kind, welches den Vater in einen Nothstand versetzte, kann doch gewiß so gut enterbt werden, als dasjenige, was ihm im Nothstande die Hülfe versagt hat.

für richtig. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich, es müsse sich aus den Umständen entnehmen lassen, daß der Erblasser dem Beleidiger verziehen habe; läßt sich nun eine Verzeihung eben wegen des einer zweyfachen Deutung unterliegenden Benehmens nicht entnehmen, so bleibt es bey der Regel, daß der Erbe des Erbrechtes unwürdig sey. Eine Vermuthung, die durch kein Gesetz unterstützt wird, kann die Stelle des Beweises nicht ersetzen (§. 104 der a. G. O.).

§. 541.

Die Nachkommen desjenigen, welcher sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, sind, wenn Letzterer vor dem Erblasser verstorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen.

1) Die gegenwärtige Vorschrift kann ganz natürlich nur von dem Falle verstanden werden, wo der gesetzliche Erbe durch das eben erwähnte Vergehen (§. 540) des Erbrechtes sich unwürdig gemacht hat. Denn ein von dem Erblasser selbst, in einer letztwilligen Anordnung berufener Erbe kann, wenn der Erblasser noch bey dessen Lebzeiten stirbt, von welchem Falle eigentlich hier die Rede ist, das ihm noch nicht angefallene Erbrecht auf seine Nachkommen nicht übertragen (§§. 535 u. 536)

2) Da sich der Anspruch der Nachkommen des vermög gesetzlicher Vorschrift zur Verlassenschaft berufenen Erben auf das Vorstellungsrecht gründet, vermöge welchem Kinder, ihre vor dem Erbschaftsanfalle verstorbenen Aeltern vorstellen, und jenen Erbtheil erhalten, welchen diese erhalten haben würden, wenn sie den Erbschaftsanfall erlebet hätten; so hätten, nach strenger rechtlicher Consequenz, die Nachkommen (Abstämmlinge, Descendenten §. 42) des gesetzlichen Erben, welcher sich auf die vorerwähnte Art des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, ebenfalls von der Erbschaft des Erblassers, gegen den oder dessen Angehörige die Verletzung verübt oder versucht worden ist, ausgeschlossen werden sollen. — Allein man ließ, wie von Zeiller bemerkt, die billige Betrachtung vorherrschen, daß die Nachkommen aus

dem Vergehen ihres Vorfahrers, woran sie keinen Theil nahmen, keinen Nachtheil erleiden sollten.

3) Wenn der Unwürdige erst nach dem Erblasser verstorben ist, so ist dessen Ausschließung schon zur Wirksamkeit gekommen, und die Nachkommen des Unwürdigen haben in diesem Falle kein Recht zur Nachfolge, eben aus dem Grunde, weil sie nicht aus dem eigenen, sondern nur aus dem Vorstellungsrechte succediren. Dieses ergibt sich klar aus dem §. 732, welcher am Schlusse sagt: „Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln, haben kein Recht zur Erbfolge." Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die Kinder erbfähig sind oder nicht, genug, daß ihre Aeltern noch am Leben sind. Sind daher diese, zur Zeit des Erbanfalles, zu erben unfähig, so sind es auch ihre Nachkommen, und das Erbrecht kömmt an die übrigen nächsten Erben. Stirbt nun in der Folge derjenige, der sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, so kann denjenigen, welchen bereits das Erbrecht angefallen ist, dasselbe durch die Nachkommen des Erbunwürdigen nimmer entzogen werden.

§. 542.

Wer den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrüglicher Weise verleitet, an der Erklärung oder Abänderung des letzten Willens gehindert, oder einen von ihm bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat; ist von dem Erbrechte ausgeschlossen, und bleibt für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich.

1) Diese Vorschrift ist zum Schutze der Testirungs-Freyheit des Erblassers erlassen. Denn alle diese Handlungen, welche der gegenwärtige §. hier aufzählt, verletzen die rechtliche Freyheit des Erblassers, über seinen Nachlaß nach Gefallen zu verfügen; und verletzen die Rechte aller derjenigen, welchen, ohne diese Handlungen, der Nachlaß zugefallen wäre. — Durch die Erklärung, daß derjenige, welcher eine solche Handlung ver-

übt hat, des Erbrechtes unwürdig sey, bezweckte der höchste Gesetzgeber, jeden Bösgesinnten von einer solchen Handlung durch Vereitlung seiner Hoffnung zurück zu halten.

2) Der §. macht im Eingange von dem Falle Erwähnung, daß der Erblasser von Jemanden zur Erklärung des letzten Willens gezwungen oder betrüglicher Weise verleitet worden sey. Da nach §. 565 der Wille frey von Zwang und Betrug erklärt werden muß, und eine auf vorerwähnte Weise erzwungene Erklärung des letzten Willens für jeden Fall ungültig ist, so kann derjenige, der den Erblasser auf diese Art und Weise zur Erklärung seines letzten Willens bewogen hat, schon aus diesem Grunde aus der letzten Willenserklärung zur Erbschaft nicht gelangen. — Allein es kann seyn, daß derselbe zugleich auch vielleicht zu einem bestimmten Theile als Intestaterbe berufen ist, und durch diesen dem Erblasser angethanenen Zwang oder gespielten Betrug seinen Miterben ihr Antheil entziehen wollte; in diesem Falle würde er daher nicht nur des ihm durch die letzte Willensanordnung eingeräumten Erbrechtes, sondern auch seines Intestat-Erbantheiles verlustigt werden.

3) Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Zwang ein ungerechter seyn müsse, oder ob auch ein gerechter Zwang die Erbunfähigkeit mit sich führe. Der Zwang kann nähmlich in zweyfacher Rücksicht gerecht und ungerecht seyn, entweder in Bezug auf den Inhalt der letzten Anordnung, oder in Anbetracht des angewendeten Zwangsmittels. Wenn der Erblasser gesetzlich verpflichtet ist, demjenigen, der ihn zur Erklärung des letzten Willens gezwungen hat, den in selber bestimmten Erbtheil zu hinterlassen, so ist er, seinem Inhalte nach, gerecht; aber in seiner Form ist er immer ungerecht, da kein Private im Staate berechtiget ist, einen solchen Zwang auszuüben. Das Gesetz hat auf anderen Wegen für die Rechtssicherheit derjenigen gesorgt, welchen der Erblasser einen Erbtheil zu hinterlassen verpflichtet ist (§§. 775 — 778). Ein solcher Zwang kann daher als kein Entschuldigungsgrund gelten, und die nachtheilige Rechtsfolge der Erbunwürdigkeit nicht hintanhalten. — In Anbetracht des Zwangsmittels kann der Zwang als gerecht angesehen werden,

wenn Jemand den Erblasser mit einem Uebel bedrohet, welches ihm der Bedrohende für jeden Fall zuzufügen berechtiget ist. — Ein solcher Zwang scheinet die Unwürdigkeit des Erbens nicht nach sich zu ziehen. Denn nicht eigentlich die Furcht vor dem Uebel ist es, welches dem Erblasser für jeden Fall bevorstehet, die ihn zu der bestimmten Erklärung des letzten Willens bewegt, sondern die Hoffnung oder Zusicherung der Befreyung, die ihn dazu verleitet. — Man kann also in diesem Falle von keinem eigentlichen Zwange, sondern nur von einer Verleitung sagen; welche aber nur dann die Unwürdigkeit zum Erbrechte nach sich führet, wenn sie auf eine betrügliche Weise geschieht.

4) Die Verleitung muß betrüglich geschehen, daß heißt, sie muß durch listige, einen Irrthum gründende Vorstellungen (z. B. wichtiger, erdichteter Verdienste um den Erblasser u. s. w.) hervorgebracht werden, ohne welche diese Willenserklärung nicht erfolgt wäre. — Wahre oder auch überspannte Vorstellungen, deren Werth der Erblasser zu würdigen versteht; Schmeicheleyen, bloßes Zureden, und selbst eine ablehnbare Zudringlichkeit sind, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, nicht sogleich als ein Zwang oder Betrug auszudeuten. (Vergl. mit §. 565.)

5) Eben das hat auch Anwendung auf die durch Zwang, durch Betrug, oder durch Entfernung der Mittel bewirkte Verhinderung, wodurch der Erblasser etwa von dem gesetzlichen Erben einen seine Hoffnung vereitelnden letzten Willen zu errichten, oder vor dem eingesetzten Erben ein seine Ernennung aufhebendes oder einschränkendes Testament oder Codicill zu machen außer Stand gesetzt wird. Eine solche Handlung ist der Rechtssicherheit noch weit nachtheiliger, als die vorne berührten; denn durch die Zernichtung der erzwungenen, oder durch Betrug entlockten Willenserklärung wird größtentheils der Rechtszustand, welcher ohne diesen Zwang oder Betrug Statt gehabt hätte, wieder hergestellt, während es unmöglich ist, denjenigen Rechtszustand herbeyzuführen, welcher vielleicht hervorgekommen wäre, wenn der Erblasser in Errichtung oder Abänderung seines letzten Willens nicht gehindert worden wäre. Ein Aehnliches ist von der Unterdrückung eines letzten Willens zu bemerken.

6) Das Gesetz verpflichtet den Urheber einer solchen widerrechtlichen Handlung, welche ihn für jeden Fall der Behandlung nach den Strafgesetzen unterzieht, überdieß, allen denjenigen, die durch seine Handlung zu Schaden gekommen sind, den Ersatz zu leisten, welcher sich nicht nur auf die entgangenen Nutzungen, sondern auch auf den Werth der besonderen Vorliebe erstreckt (§§. 335, 1323 u. 1331). Indessen wird dieser Schade oft schwer auszumitteln seyn. Im Falle einer durch Zwang oder Betrug erwirkten Willenserklärung muß, sobald der Beweis hierüber hergestellt ist, letztere ohnehin ungültig erklärt werden, und der Thäter wäre den durch das Testament eingesetzten Erben oder Legataren nur in so weit verantwortlich, als sie zur Ueberkommung ihrer Erbtheile oder Legate bereits Kosten aufgewendet hätten. — Wäre ihnen aber auf den Grund der ungültigen letzten Anordnung der Erbtheil oder das Legat bereits eingeantwortet, und von ihnen verzehret worden, so wäre er den gesetzlichen Erben zum Ersatze verpflichtet. — Hat der Thäter den Erblasser an Errichtung oder Abänderung des letzten Willens verhindert, so kömmt es darauf an, ob Jemand zu erweisen im Stande sey, daß der Erblasser zu Gunsten desselben eine Verfügung getroffen, oder Abänderung vorgenommen haben würde, was für jeden Fall schwer halten wird. — Hat der Thäter eine letzte Willensanordnung unterschlagen, so wird bey der gerichtlichen Untersuchung desselben auch der Inhalt der unterschlagenen Anordnung erforschet werden, und derselbe hätte somit denjenigen, die in selber mit einem Erbtheile oder Legate bedacht worden sind, für den ihnen entgangenen Erbtheil Genugthuung zu leisten. Diejenigen, welche in Folge dieser unterschlagenen Willenserklärung zur Erbschaft gelangten, könnten nur dann zur Herausgabe verhalten werden, wenn über den Inhalt dieser unterdrückten Anordnung, und zugleich über die dabey beobachtete gesetzmäßige Form, ein gerichtsordnungsmäßiger Beweis vorläge. —

7) Es ist eine Streitfrage, ob die Anordnung des vorhergehenden §. sich auch auf die Nachkommen desjenigen beziehe, der nach dem gegenwärtigen §. von dem Erbrechte ausgeschlossen

ist? — Herr Hofrath von Zeiller hat sie in seinem Commentar (Nr. 1.) ganz kurz verneinend beantwortet, und Herr Professor Anton von Sapp hat sich dieser verneinenden Beantwortung in einer ausgedehnteren gehaltvollen Abhandlung angeschlossen [1]). Dessen Gründe bestehen im Wesentlichen darin: Es waltet zwischen den im §. 540 enthaltenen Ursachen der Unwürdigkeit des Erben mit jenen, aus welchen er im gegenwärtigen §. ausgeschlossen wird, in Beziehung auf die damit in Verbindung stehenden gesetzlichen Bestimmungen, ein auffallender Unterschied ob, indem bey diesen der unwürdige Erbe das Recht des Erblassers, frey zu testiren, unmittelbar verletzt, und den wahren, inneren Willen des Erblassers unerkennbar macht, was bey jenen nicht der Fall ist; hier schließt der Gesetzgeber selbst den unwürdigen Erben vom Erbrechte aus, dort vermuthet das Gesetz nur, der Erblasser wolle solche unwürdige Erben ausgeschlossen wissen; hier wird die vollbrachte Handlung erfordert, dort ist schon der auf bösem Vorsatze beruhende Versuch hinreichend; zu diesen Handlungen dürfte der unwürdige Erbe gerade durch die Berechnung einer entfernten Zukunft und vorzüglich des Schicksals seiner Nachkommenschaft, zu jenen Handlungen aber nur zunächst durch den Blick auf die Gegenwart und sich selbst verleitet werden. — Aus diesen Unterschieden läßt es sich erklären, warum die Bestimmungen des §. 541 wohl auf die Nachkommen desjenigen sich beziehen, der nach §. 540 von dem Erbrechte ausgeschlossen ist, nicht aber auf die desjenigen, dem die Folgen des gegenwärtigen §. treffen. — Uebrigens scheine schon die Ordnung, in welcher diese gesetzliche Bestimmungen auf einander folgen, nicht undeutlich darauf hinzuweisen, daß der §. 541 auf die Nachkommen desjenigen nicht bezogen werden dürfe, der nach dem gegenwärtigen §. von dem Erbrechte ausgeschlossen ist; indem es unerklärbar wäre, warum der Gesetzgeber, der doch durchgängig in der Anreihung der gesetzlichen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches von einer natürlichen Ordnung geleitet wurde, in Aufzählung der Ursachen

1) Siehe Wagn. Zeitsch. 1820, X. Heft, S. 189 — 210.

der Unwürdigkeit des Erben begriffen, diese Ursachen durch eine ungleichartige Bestimmung unterbrochen haben sollte, wenn nicht die Absicht, die Bestimmung des §. 541 bloß auf die im §. 540 vorausgehenden Ursachen der Unwürdigkeit des Erben zu beschränken, rechtfertigend zum Grunde läge. — Wenn man nun noch erwägt, daß nach strenger rechtlicher Consequenz die Nachkommen des unwürdigen Erben das Schicksal ihres Vorfahrers zu theilen haben, und die Nachkommen des nach §. 540 unwürdigen Erben nur einer vorherrschenden Betrachtung der Billigkeit die Gunst einer Ausnahme verdanken, so wird man diese Ausnahme streng auslegen, und in keinem Falle selbe auf die im gegenwärtigen §. vorkommenden Handlungen beziehen. — Es ist zwar richtig, daß der §. 541 zwischen den verschiedenen Ursachen der Unwürdigkeit des Erben nicht unterscheidet, sondern überhaupt und allgemein von den Nachkommen desjenigen spricht, welcher sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, und daß der §. 770 auch diejenigen, die sich einer im §. 542 ausgedrückten Handlung schuldig machen, unter der Benennung „unwürdige Erben" begreifet; allein es darf nicht übergangen werden, daß der §. 542 nicht bloß von einem schlechtweg unwürdigen, sondern überdieß von dem Gesetze selbst dergestallt ausgeschlossenen Erben spreche, daß das Wirksamwerden seines Erbrechtes wenigstens nicht von dem einzigen Umstande der Vergebung des Erblassers abhängt. — Hier ist also der Rechtssatz: wo der Gesetzgeber nicht unterscheidet, dürfen auch wir nicht unterscheiden, von keiner Anwendung, indem aus dem Gesagten hervorgehet, daß der Gesetzgeber selbst diesen Unterschied wirklich gemacht habe. Wenn gleich die Ordnung, in welcher die gesetzlichen Bestimmungen gereihet sind, für sich allein nichts entscheidet, so ist selbe doch in unserem Gesetzbuche, das keine bloße Sammlung abgerissener, ungleichartiger, aus Rechtsgelehrten verschiedener Zeiten gezogener Fragmente ist, wie die Pandecten, nicht bedeutungslos, und verstärkt wenigstens das Gewicht anderer Gründe. — Die Einwendung, daß unter den im §. 540 erwähnten Vergehungen auch die empörendsten jeder Art begriffen sind, und es sich daher nicht einsehen lasse, warum sich die Un-

fähigkeit oder Unwürdigkeit, im Falle solcher Vergehungen, von denen der §. 542 redet, auch auf die Nachkommen ausdehnen solle, da dieses bey den gröbsten Verletzungen des §. 540 nicht der Fall ist, wäre nur dann von einer Bedeutung, wenn die Bestimmungen der §§. 540 — 542 als Ausflüsse der Strafgewalt betrachtet werden könnten, was sie doch offenbar nicht sind. Der Gesetzgeber hat bey den Bestimmungen dieser §§. weder den Grad noch die Strafwürdigkeit der Verletzung, noch die Unschuld der Nachkommen, sondern vielmehr nur die gewöhnliche Triebfeder dieser Verletzung berücksichtiget, und nur aus diesem Grunde die Nachkommen des, nach §. 540, unwürdigen Erben mehr begünstiget, als die Nachkommen desjenigen, der nach gegenwärtigem §. vom Erbrechte ausgeschlossen ist [1]).

8) Uebrigens leuchtet aus dem gegenwärtigen §. die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, daß durch diese Anordnung die Freyheit des Erblassers, seinen letzten Willen ausdrücklich zu erklären, möglichst geschützt und aufrecht erhalten werden soll. — Da nun nach §. 6 einem Gesetze kein anderer Verstand beygelegt werden darf, als aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange, und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet; so darf auch dem gegenwärtigen §. keine größere Ausdehnung gegeben werden, als sich dieselbe mit der hier angedeuteten Absicht des Gesetzgebers verträgt. — Aus diesem Grunde bringt der bloße Versuch einer aus den in diesem §. erwähnten widerrechtlichen Handlung die Folge der Unwürdigkeit zu erben nicht hervor, wie bey dem vorhergegangenen §. 540. — Ferners folgt daraus, daß wenn der Erblasser wirklich zur Erklärung eines letzten Willens gezwungen, oder daran gehindert worden wäre, er aber in dem wiedererlangten Zustande seiner vollkommenen Freyheit den Thäter oder seine Nachkommen freywillig zu Erben eingesetzt hätte, er oder sie auch zur Erbschaft gelangen würden. — Aber daß dadurch, weil der Erblasser, der in der Freyheit zu testiren verletzt wor-

---

1) Die Einwendung, welche Herr Professor von Zapp im §. 17 seiner Abhandlung berührt, fällt bey meiner Erklärung des §. 720 ohnehin weg.

den ist, in der Folge diese Freyheit wieder erlanget, dieser Erbunwürdigkeitsgrund wegfalle, glaube ich nicht zugeben zu können. Denn daß ein erzwungenes Testament dadurch, daß der Erblasser in der Folge die volle Freyheit zu testiren wieder erlangte, und daher in der Lage sich befand, das erzwungene Testament zu widerrufen oder abzuändern, ohne hiervon einen Gebrauch zu machen, seine Gültigkeit nicht erlange, sondern in diesem Falle die Intestaterbfolge eintrete, ist klar durch den §. 576 ausgesprochen. Diesem §. aber scheint offenbar die allgemeine Regel zu Grunde zu liegen, daß die Wiederherstellung der Freyheit des Erblassers an dem früheren Zustande nichts ändere. — Man könnte auch hier zu dem Schlusse verleitet werden, daß, weil der Erblasser das erzwungene Testament im Zustande der Freyheit nicht vernichtet hat, er ganz unzweydeutig dadurch zu erkennen gebe, daß dieses Testament seinen nunmehrigen freyen Willen enthalte; dieses Raisonnement ist aber eben durch den §. 576 als irrig erklärt. — Hat nun aber der Erblasser das erzwungene Testament vernichtet, so hat er wohl seinen Widerwillen gegen dasselbe auf eine ganz unzweydeutige Weise erkläret, — aber es kann daraus noch auf keine stillschweigende Verzeihung des Erblassers geschlossen werden. Dieser weiß, daß sich der Erbe durch seine Handlung des Erbrechtes unwürdig gemacht habe, — und es ist sohin das bloße Stillschweigen des Erblassers vielmehr dahin auszulegen, daß er es bey dieser Ausschließung von der Erbschaft belassen wolle. Hat der Erbe den Erblasser wirklich durch Zwang oder Betrug dahin gebracht, daß er ein Testament nach des Ersteren Willen zu Stande brachte, so ist die That vollendet, und kein bloßer Versuch mehr, wenn auch der Zwang in der Folge wieder unwirksam geworden ist. — Setzen wir den Fall, der Erblasser sey gestorben, ohne Gelegenheit gefunden zu haben, das erzwungene Testament zu vernichten; indessen werde von einem Interessenten in der Folge, sohin nach dem Tode des Erblassers, der Beweis hergestellt, daß das Testament erzwungen war, und selbes daher in Folge dessen als ungültig erkläret. Auch in diesem Falle wird der Zwang unwirksam; wer wollte wohl aber hier behaupten, daß

wegen der Unwirksamkeit des Zwanges die Erbunwürdigkeit des Thäters wegfalle?

§. 543.

Personen, welche des Ehebruches oder der Blutschande gerichtlich geständig, oder überwiesen sind, werden unter sich von dem Erbrechte aus einer Erklärung des letzten Willens ausgeschlossen.

1) Der Grund dieser Anordnung liegt, wie von Zeiller erwähnt, in der sittlichen und politischen Betrachtung, daß man der anlockenden Hoffnung zuvorkomme, aus einer höchst unsittlichen, in dem anderen Theile erregten oder genährten Leidenschaft Vortheil zu ziehen, und vor den gesetzlichen Erben begünstiget zu werden. Darum wird auch die Unwürdigkeit auf das Erbrecht aus einer Erklärung des letzten Willens eingeschränkt, und kann auf das gesetzliche Erbrecht nicht ausgedehnt werden. — Uebrigens fällt es in die Begriffe, daß hier von einer Verzeihung keine Rede seyn könne, da dieses Vergehen zwischen den Personen, die sie verüben, nicht als Beleidigung angesehen werden kann, es auch nicht richtig gesprochen wäre, wenn man sagen würde: zwey Mitschuldige vergeben sich gegenseitig das Unrecht, das sie mit einander verübet haben [1]). Auch kann hier von der Anwendung des §. 541 auf vorliegenden Fall keine Rede seyn, weil derselbe nur von dem Falle zu verstehen ist, wo der gesetzliche Erbe sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat.

2) Daß übrigens alle hier aufgeführten Umstände, obschon in diesen §§. nur von Ausschließung von dem Erbrechte die Rede ist, auch von Annahme der Vermächtnisse ausschließen, ist ganz klar in dem §. 647 ausgesprochen, welcher sagt, daß zur Gültigkeit eines Vermächtnisses nothwendig sey, daß es von einem fähigen Erblasser, einer Person, die zu erben fähig ist, durch eine gültige letzte Willenserklärung hinterlassen werde.

---

1) Siehe Hüttner Lehre von der gesetzlichen Erbfolge. S. 91.

§. 544.

In wie fern Landeseingeborne, die ihr Vaterland, oder die Kriegsdienste ohne ordentliche Erlaubniß verlassen haben, des Erbrechtes verlustig werden, bestimmen die politischen Verordnungen.

1) Wer eigenmächtig auswandert, verliert alle seine bürgerlichen Rechte, und macht sich unfähig, ein Vermögen überhaupt, und besonders eine Erbschaft zu erwerben [1]). Wer als ein Auswanderer zu betrachten sey, wurde bereits §. 32 erwähnt. — Von der Auswanderungsstrafe sind jedoch ausgenommen: a) junge Leute, welche vor ihrem zwanzigsten Jahre auswandern, und nach der Hand freywillig zurückkommen, b) ein zu was immer für einer Zeit Zurückkehrender, welcher sich über seine Entfernung und verlängerte Abwesenheit durch erhebliche Ursachen, z. B. eine zugestoßene Krankheit, gewaltsame Hindernisse u. s. w. zureichend zu rechtfertigen fähig ist [2]). Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen folgt:

a. Daß ein Auswanderer, der Regel nach, für seine Person des Erbrechtes unfähig sey, daß jedoch seine eigenen Intestaterben in dessen Stelle eintreten, und folglich ihnen das Recht zukomme, die ihm angefallene Erbschaft anzusprechen. Ein Auswanderer ist gleichsam bürgerlich todt, und wird von dem Gesetze in Ansehung der Vermögenserwerbung so angesehen, als wenn er eines natürlichen Todes verstorben wäre.

b. Ist Jemand schon vor dem zwanzigsten Jahre ausgewandert, so werden seine Rechte so lange suspendirt, bis er nach der Hand freywillig zurückkömmt. Es kann sohin bis zu dem Zeitpuncte, wo es sich veroffenbaret, daß er nicht mehr zurückkehren werde, von der Uebertragung seines Erbrechtes an seine Nachkommen keine Rede seyn. Endlich

c. derjenige, der sich bey seiner Zurückkunft über seine Entfernung und verlängerte Abwesenheit gültig rechtfertiget, hat

1) Ausw. Patent vom 10. August 1781, §. 27.
2) Ebenda, §. 23.

in alle seine früheren Rechte wieder einzutreten, und wenn in der Zwischenzeit, die auf ihn gefallene Erbschaft von einem Dritten bereits in Besitz genommen worden wäre, so gebühret Ersterem das Recht, selbe von dem Letzteren wieder abzufordern; doch ist dieser Dritte als redlicher und rechtmäßiger Besitzer zu behandeln.

2) Die Frage ist hier von Wichtigkeit: wenn der Auswanderer eigentlich anfange, erbunfähig zu werden? — Es scheint, daß man hier zwischen der offenbaren Auswanderung und der nach Verfügung des Gesetzes dafür erklärten unterscheiden müsse. Bey der ersteren tritt die Erbunfähigkeit sogleich ein, als der Auswanderer die Handlung unternommen hat, durch welche er seinen Vorsatz, nicht mehr zurückzukehren, offenbar an Tag legte, bey der letzteren aber von dem Tage des in die Rechtskraft erwachsenen Auswanderungs-Erkenntnisses; denn bey der ersteren liegt der Begriff der Auswanderung in der Handlung selbst, bey der letzteren tritt nur eine Vermuthung der Auswanderung ein, welche sich unter den von dem Gesetze angeordneten Vorsichten zur rechtlichen Gewißheit erhebt. Das Gesetzbuch enthält ganz einen ähnlichen Fall bey Festsetzung der Erfordernisse, welche zur rechtlichen Vermuthung des natürlichen Todes eines Menschen gehören (§. 278). So wie hier der Tag, an welchem die Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, für den rechtlichen Sterbetag eines Menschen gehalten wird, so ist auch hier der Tag, an welchem ein Auswanderungs-Erkenntniß zur Rechtskraft erwachsen ist, für den rechtlichen Sterbetag des bürgerlichen Lebens eines Menschen zu halten.

3) So wie die Auswanderung, so ist auch die Entweichung aus den österreichischen Kriegsdiensten eine Handlung, welche den österreichischen Staatsbürger von dem Erbrechte ausschließt. Der Deserteur ist vom Tage der Desertion zu erben unfähig, und es ist eine dem Deserteur seit dieser Zeit angefallene Erbschaft ganz so zu behandeln, als ob er gar nicht existirte [1]). Das Erkenntniß, ob Jemand ein Deserteur sey, oder

1) Patent vom 6. Juny 1761, und Erläuter. Verord. vom 23. Dec. 1780.

nicht, steht lediglich der competenten Militärbehörde zu, und es kann demjenigen, welchem auf den Grund eines solchen Straferkenntnisses ein Vermögen zugefallen seyn würde, nicht zustehen, eine Beschwerde gegen das Erkenntniß, welches den vermeintlichen Deserteur von der Desertionsstrafe loszählt, zu erheben; ja selbst ein im Gnadenwege nach bereits geschöpftem Erkenntnisse erfolgte Aufhebung der Desertionsstrafe scheint dem Deserteur seine ursprünglichen Rechte wieder einzuräumen. Denn Rechte, die bloß Folge des vorausgegangenen Straferkenntnisses sind, können das Begnadigungsrecht des Landesfürsten, oder desjenigen, dem dasselbe von den Landesfürsten übertragen worden ist, nicht beirren. Dieses gilt auch vor der Auswanderung.

§. 545.

Nach welchem Zeitpuncte die Fähigkeit zu beurtheilen.

Die Erbfähigkeit kann nur von dem Zeitpuncte des wirklichen Erbanfalles bestimmet werden. Dieser Zeitpunct ist in der Regel der Tod des Erblassers (§. 703).

1) Zur deutlicheren Beantwortung der Frage: wann der (testamentarische oder gesetzliche) [1]) Erbe, um die Erbschaft für sich zu erlangen, oder auf seine Erben übertragen zu können (§. 536), erbfähig seyn müsse? sind in der Regel drey Zeitpuncte zu bemerken, nähmlich: a) die Ernennung des Erben, b) der Erbanfall und c) die Antretung der Erbschaft. — Nach den gemeinen Rechten mußte man in allen diesen Zeitpuncten erbfähig seyn. Die Unfähigkeit zwischen dem ersten und dem zweyten Zeitpuncte brachte keinen Nachtheil, dagegen mußte der zur Erbschaft Berufene von dem Zeitpuncte des Anfalles an, bis zur Erbesantretung beständig erbfähig bleiben. War er in dieser Periode auch nur einen Augenblick unfähig, so konnte er die Erbschaft nicht erhalten, weil in diesem Augenblicke die Substitut-, oder die Mit- oder Intestaterben ein Recht auf die Erbschaft erlangten [2]).

1) Von der Fähigkeit des Vertragserben soll §. 1249 gehandelt werden.
2) Siehe Höpfners Commentar §. 582.

2) Unser Gesetz begnügt sich zur Erlangung des Erbrechtes mit der Fähigkeit in dem Augenblicke des Anfalls. Wann ist aber der Zeitpunct des wirklichen Erbanfalles? — Das Gesetz beantwortet diese Frage dahin, daß dieser Zeitpunct in der Regel der Tod des Erblassers sey. Es sagt in der Regel, weil nach der Anordnung des §. 703, der hier allegirt ist, auch unter einer aufschiebenden Bedingung ein Nachlaß zugedacht werden kann, und in diesem Falle die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung nicht nur überlebt haben, sondern auch bey dem Eintritte derselben erbfähig seyn muß. Denn erst mit dem Tode, oder mit dem Zeitpuncte der erfüllten Bedingung, und nicht früher, soll der Erbe das Erbrecht erlangen; es scheint daher gleichgültig, ob er in einen früheren Zeitpuncte zu erben fähig gewesen sey, oder nicht. Er soll aber auch sogleich mit diesem Zeitpuncte das Erbrecht bekommen; zur Zeit der Erbesantretung hat er das bereits angefallene Erbrecht schon erlangt, die Erklärung der Annahme ist nur dahin gerichtet, ob er von dem erlangten Erbrechte auch Gebrauch machen wolle. — Im Falle der Todeserklärung eines Verschollenen, wird der Tag des in die Rechtskraft erwachsenen Erkenntnisses für den Sterbetag desselben gehalten (§. 278); daher ist derselbe auch der Zeitpunct des Erbanfalles.

§. 546.

Eine später erlangte Erbfähigkeit gibt kein Recht, Anderen das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmäßig angefallen ist.

1) Diese gesetzliche Anordnung rechtfertigt sich ganz aus den oben erörterten Grundsätzen. — Denn, wenn in dem Augenblicke des Erbanfalles der anfänglich zur Erbschaft Berufene zu erben unfähig ist, so tritt sogleich dessen Substitut (§. 604), oder in so fern der Erblasser durch keine Substitution eine Vorsorge getroffen hat, dessen Miterbe, welchem von dem Erblasser kein bestimmter Erbtheil zugedacht worden ist (§. 560), und in Ermangelung eines solchen, der Intestaterbe ein (§. 727), und

es ist daher auch ganz gerecht, demjenigen, der bereits ein Erbrecht erlangt hat, dasselbe durch die später erlangte Erbfähigkeit des ursprünglich dazu Berufenen, nicht wieder zu entziehen.

2) Mit der am Ende der Erläuterung des §. 544 vorkommenden Bemerkung stehet die Anordnung dieses §. nicht im Widerspruche. Denn in dem Falle, als der Deserteur oder der Auswanderer begnadiget wird, kann man nicht sagen, daß von seiner Seite die Erbfähigkeit später eingetreten sey; denn eben durch die Begnadigung wird die über sein Vergehen verhängte Strafe aufgehoben, es wird sohin seine Erbunfähigkeit nachgesehen, und er muß daher so behandelt werden, als ob selbe gar nie eingetreten wäre.

§. 547.

Wirkung der Annahme der Erbschaft.

Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe, den Erblasser vor. Beyde werden, in Beziehung auf einen Dritten, für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

1) Die Verlassenschaft eines Menschen ist kein herrenloses Gut, daher kann selbe auch der freyen Zueignung nicht preisgegeben werden. Dieserwegen muß auch gleich bey dem Tode eines Menschen von dem Gerichte Amteswegen die Fürsorge getroffen werden, daß die Verlassenschaft demjenigen ungeschmälert zukomme, welcher von dem Erblasser oder dem Gesetze hierzu berufen ist, — und auch den Willen äußert, dieselbe annehmen zu wollen. — Hat nun derselbe seinen Willen bereits vor Gericht geäußert, die Erbschaft annehmen zu wollen, so ist es auch er, dem nun obliegt, dafür zu sorgen, daß er sie seiner Zeit, so wie sie von dem Verstorbenen hinterlassen wurde, auch richtig erhalte.

2) Da aber theils wegen Abwesenheit des berufenen Erben, theils, wenn sich dieser nicht sogleich zur Annahme entschließen kann, die Erklärung der Annahme nicht sogleich vor sich gehet, daher für diese Zeit nicht bekannt ist, wem die Erbschaft zufallen werde, so wird das hinterlassene Vermögen so angesehen, als ob es von dem Verstorbenen noch besessen würde. — Es wird daher auch, sobald es die aufrechte Erhaltung der Verlassenschaft erheischt, oder Rechte für, oder gegen die Verlassenschaft geltend gemacht werden wollen, ein Verwalter oder Vertreter der Verlassenschaftsmasse aufgestellt, welcher gleichsam die Person des Erblassers repräsentiret. Wer daher einen Anspruch an die Verlassenschaftsmasse zu machen hat, und dießfalls mit einer Klage auftreten will, hat diese bey der zur Zeit des Todes bestandenen Personal-Instanz des Erblassers, die, der Regel nach, auch immer die Abhandlungs-Behörde ist, zu überreichen.

3) Hat aber der berufene Erbe bereits erkläret, daß er die Erbschaft annehme, so stellt er, wie das Gesetz hier sagt, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor, und Beyde werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person angesehen. — Um den eigentlichen Sinn und Umfang dieser gesetzlichen Anordnung einzusehen, welche eigentlich das Rechtsverhältniß des Erben vor Einantwortung der Verlassenschaft im Allgemeinen bestimmet, muß dieselbe mit anderen Paragraphen des Gesetzbuches verglichen werden. Diese §§. sind: der §. 810, welcher verfügt: „Wenn der Erbe bey Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, ist ihm die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen;" dann der §. 818, welcher sagt: „Was der Erbe, ehe er zum Besitze der Erbschaft gelangen kann" u. s. w. Aus diesen beyden §§. des Gesetzbuches erhellet, daß der Erbe vor Einantwortung der Erbschaft noch nicht als Besitzer, sondern bloß als Verwalter derselben, mit dem Befugnisse, die Nutzungen derselben zu beziehen, angesehen werden könne. — Die Erbschaft ist daher, wenn sie auch physisch mit dem Vermögen des Erben vermenget würde, doch ideell immer geschieden; und der Erbe wird daher vor der Einantwortung, wenn er die Erbschaft selbst verwaltet,

nicht als Besorger seines eigenen, sondern nur als Verwalter eines fremden Vermögens angesehen und behandelt. — Der Ausdruck: „der Erbe stellt in Rücksicht auf die Erbschaft den Erblasser vor," kann also nichts anders bedeuten, als daß jeder Dritte, welcher an die Verlassenschaft einen Anspruch zu stellen hat, den Erben, in Beziehung auf diese, so zu behandeln habe, als wenn der Erblasser selbst noch existirte und sein Vermögen verwaltete. — Darum habe ich auch im ersten Bande meines Commentars, bey Erläuterung des §. 38, die Behauptung aufgestellt, daß die Verlassenschafts-Gläubiger ihre Klagen, die sie an die Verlassenschafts-Masse zu richten haben, gegen den Erben bey der Personal-Instanz des Erblassers, sohin bey der Verlassenschafts-Behörde, anbringen müssen, weil der erklärte Erbe den Erblasser vor der Einantwortung eben so repräsentire, wie der Gewalthaber den Machtgeber. — Dieser Satz wurde aber in der Recension meines ersten Theiles angegriffen, und demselben folgende Gegengründe entgegengestellt [1]).

a. Die Personeneinheit zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehe offenbar noch nach der Erbschafts-Einantwortung; demnach müßte ich auch zugeben, daß auch dann noch, also zu einer Zeit, wo die Abhandlungs-Behörde ihre Amtshandlungen bereits beendiget hat, Klagen gegen den Erben als solchen bey der Verlassenschafts-Instanz anzubringen wären.

b. Zwischen der Repräsentation des Erblassers, durch den Erben und jener des Pupillen, Curanden und Machtgebers, durch den Vormund, Curator und Machthaber sey der wesentliche Unterschied, daß der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erlassers eintritt, daß somit die Angelegenheiten des Letzteren durch die Erbserklärung zu seinen eigenen werden.

c. Der Erbe werde durch die Annahme der Erbschaft zur Sache legitimirt, und müsse daher als Partey im Processe eben so gut bey seinem eigenen Gerichtsstande belangt werden, wie der Cessionär in Bezug auf eine abgetretene Forderung, welchen gewiß Niemand wegen der Personeneinheit

1) Siehe Wagner'sche Zeitschrift 1830., 14. Heft, Notizenblatt, S. 104.

mit dem Cedenten, in Hinsicht der cedirten Forderung, beym Gerichtsstande des Cedenten belangen zu müssen glauben wird; hingegen besorge der Vormund, Curator oder Machthaber nicht seine eigenen, sondern die Geschäfte der von ihm vertretenen Person, er sey daher nicht zur Sache, sondern höchstens zum Prozesse legitimirt, und könne somit in den Angelegenheiten dieser Person nicht bey seiner Personal-Behörde belangt werden, da er nicht Partey im Prozesse sey.

Ich erlaube mir bey Widerlegung dieser Einwürfe mit den beyden Letzteren zu beginnen, die ohnedieß im Zusammenhange stehen, und auch als ein einziger Einwurf angesehen werden können. — Eben der Grundsatz, von dem hier ausgegangen wird, daß der Erbe schon durch die bloße Erbserklärung in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintrete, ist, nach meiner Ueberzeugung, irrig; sondern ich halte dafür, daß dieses Eintreten des Erben in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers erst durch die Einantwortung der Erbschaft geschehe. Erst nach der Einantwortung der Verlassenschaft an ihn gleicht sein Rechtsverhältniß dem eines Cessionärs, und es passet folglich alles dasjenige, was oben von dem Cessionär gesagt worden ist, auf den Erben nur dann, wenn die Erbschaft ihm eingeantwortet wird. — Dieses zeigt sich auffallend, wenn wir uns den Fall zweyer vorliegenden, sich gegenseitig ausschließenden Erbserklärungen denken. — Die Erbserklärungen sind überreicht, und zu Gerichtshanden angenommen worden; doch muß es im ordentlichen Rechtswege durch Urtheil entschieden werden, wem die Erbschaft gebühre. — Es ist sohin offenbar, daß kein Erbe durch die bloße Erbserklärung in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers einrücken könne. Oder setzen wir einen anderen Fall: Der Erblasser sey ohne Hinterlassung eines Testamentes verstorben, und die Verwandten desselben seyen dem Gerichte nicht bekannt. In diesem Falle werden die unbekannten Intestaterben unter einem Termine von einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen zur Ausweisung ihres Erbrechtes durch Edict aufgefordert werden. Bald nach Erscheinung des Edictes meldet sich nun wirklich ein weitläufiger Verwandter des Erb-

lassers, und weiset einen solchen Grad der Verwandtschaft aus, nach welchem er für den Fall, als kein näherer Verwandter vorhanden ist, allerdings zu dieser Erbschaft berufen erscheint. Die Abhandlungsbehörde muß diese Erbserklärung ohne Zweifel annehmen, und von dieser Zeit an müssen auch alle die Verlassenschaft angehenden Klagen gegen den erklärten Erben gerichtet werden. Kann man nun wohl in diesem Falle sagen, daß der erklärte Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eingetreten sey, und daß er durch die Erklärung der Annahme der Erbschaft sich bereits hinreichend legitimirt habe? — Keineswegs; denn es ist möglich, daß sich später ein näherer Anverwandter des Erblassers meldet. Darum wird auch die Erbschaft vor Ablauf des gegebenen Edictal-Termines, wenn auch alle Abhandlungsschritte inzwischen gemacht, und der erklärte Erbe die Erfüllung der Verbindlichkeiten geleistet hätte, noch nicht eingeantwortet werden, weil man vor Ablauf des Termines noch nicht sagen kann, es sey über die eingebrachte Erbserklärung der rechtmäßige Erbe vom Gerichte bereits erkannt. — Nicht bey der Annahme der Erbserklärung, sondern erst bey der Einantwortung der Erbschaft erklärt das Gericht, daß es den erklärten Erben auch wirklich als Erben anerkenne, und erst von diesem Augenblicke tritt selber in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, was auch der Ausdruck: „Einantwortung der Erbschaft" hinreichend bezeichnet. Es ist daher auch die Repräsentation des Erblassers durch den Erben vor Einantwortung der Erbschaft jener des Curanden durch den Curator viel ähnlicher, als jener des Cedenten durch den Cessionär. Aus diesen Bemerkungen folgt zugleich, daß die Personeneinheit des Erblassers und Erben, nach geschehener Einantwortung der Erbschaft, ganz eine andere sey, als die Personeneinheit zwischen diesen beyden vor eingeantworteter Erbschaft; im ersteren Falle tritt die Person des Erblassers gleichsam in die Person des Erben über, im letzten Falle dagegen stellt die Person des Erben, in Beziehung auf die Verlassenschaft, die Person des Erblassers vor; es verschwindet die Person des Erben, und es tritt bloß jene des Erblassers hervor. — Darum kann auch ein Gläubiger

des Erben das dem letzteren angefallene Erbgut, vor der erfolgten Einantwortung, nur in so weit mit Verboth, Pfändung oder Vormerkung belegen, daß sie den bey der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig sey; nach geschehener Einantwortung aber findet kein Unterschied zwischen den Gläubigern des Verlasses und den Erben mehr Statt (§. 822).

§. 548.

Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe. Die von dem Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war, gehen nicht auf den Erben über.

1) Verbindlichkeiten, welche auf die Person des Erblassers eingeschränkt sind, gehen auf die Erben nicht über. Dahin gehören insbesondere Strafen, welche an der Person des Erblassers zu vollziehen gewesen wären, oder Arbeiten, welche der Erblasser zu verrichten gehabt hätte, und von den Erben nicht füglich verrichtet werden können. Es gibt aber auch persönliche Verpflichtungen des Erblassers, die auf seine Person nicht eingeschränkt waren, und daher auch von den Erben geleistet werden müssen. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Erblasser zu einer Rechnungslegung verbunden war, in welchem Falle die Verbindlichkeit hierzu allerdings auf die Erben übertragen wird.

2) Dagegen sind alle Leistungen, die der Verstorbene aus seinem Vermögen zu machen gehabt hätte, auch von seinen Erben zu entrichten. Hierunter würden auch jene Geldstrafen gehören, welche der Erblasser bereits verwirkt hat, obschon er hierzu noch nicht verurtheilet wurde, wenn nur der rechtlichen Festsetzung derselben nichts mehr im Wege steht [1]). Allein die Humanität der österreichischen Gesetzgebung ladet den Erben nur dann die Verbindlichkeit auf, die von dem Erblasser verwirkten

1) Nach den Vorschriften des preußischen Landrechtes ist dieses auch wirklich der Fall. 1. Thl., 9. Tit., §§. 363 — 365.

Geldstrafen zu bezahlen, wenn der Verstorbene dazu bereits rechtskräftig verurtheilet war; nähmlich in der Art, daß gegen das vor dem Tode desselben gefällte Urtheil kein Rechtsmittel mehr gesetzlich ergriffen werden konnte. In Folge dessen können die von den Cameralbehörden auferlegten Geldstrafen nur dann auf die Erben übergehen, wenn entweder die Notion noch bey Lebzeiten dessen, gegen den sie lautet, dadurch rechtskräftig geworden ist, daß weder im Wege Rechtens, noch im Wege der Gnade eine Beschwerde angebracht wurde (und die gesetzmäßige Frist hierzu bereits verstrichen ist); oder, wenn in dem Falle eines im Wege der Gnade überreichten Recurses die Entscheidung der höheren Behörde, im Falle einer gerichtlichen Aufforderung aber, das rechtskräftige Endurtheil der Justizbehörden noch vor dem Tode des Angeschuldeten erfolgt, und dadurch die Notion bestätigt worden ist. — Dagegen behält die rechtmäßig geschehene Confiscation auch gegen den Erben ihre rechtliche Wirkung, obgleich erst nach dem Tode des Eigenthümers darüber entschieden wird [1]). Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß gegenwärtige Vorschrift auch auf die Geldstrafen wegen Zinsverheimlichung angewendet werden müssen [2]).

3) Mit den Strafen sind aber die Entschädigungsansprüche des Verletzten nicht zu verwechseln. Diese können allerdings auch nach dem Tode des Beschädigers von den Erben in Anspruch genommen werden. Jedoch kann wegen diesen Entschädigungsansprüchen die gegen den Beschädiger verhängte Untersuchung nicht mit den Erben desselben fortgesetzt werden. Ist aber bereits die Untersuchung abgeschlossen, so wird das Erkenntniß auch nach dessen Tode, in so weit es die Entschädigung anbelangt, geschöpft [3]).

---

1) Hofdecret vom 13. July 1820 Nr. 1676.

2) Hofkanzley-Decret vom 13. April 1826, Goutta's Gesetz-S., 27. B., S. 121. Bey Geldstrafen, welche auf schwere Polizey-Uebertretungen verhängt und, scheint die Gesetzgebung noch mildere Grundsätze angenommen zu haben. Siehe §. 275 des II. Th. des St. G. B., dann Prof. Kudlers Erklärung desselben, und Prof. v. Scari Abhandlung in der W. Z. 1830, 11. H. S. 247.

3) Hofdecret vom 1. März 1822; J. G. S. Nr. 1349.

§. 549.

Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbniß.

Nach dem oben §. 531 aufgestellten Begriffe einer Verlassenschaft wären die Begräbnißkosten in den auf der Verlassenschaft ruhenden Verbindlichkeiten nicht begriffen. — In Erwägung aber, daß die Kosten einer, der Gefahr für den allgemeinen Gesundheitszustand vorbeugenden, und dem ausdrücklichen oder muthmaßlichen Willen des Erblassers angemessenen Beerdigung weder fremden Personen, noch dem Staate aufgebürdet werden können, hat der Gesetzgeber die Bestreitung dieser Kosten hier ausdrücklich als eine auf der Verlassenschaft ruhende Last erkläret, welche von den Erben übernommen werden muß. —

Da der Erbe bey der Beerdigung nicht immer sogleich bekannt, noch weniger anwesend ist, so werden diese Kosten nicht selten durch einen Dritten bestritten, welchem sie sohin, in so fern er sich dabey innerhalb der Gränzen eines ausdrücklichen, oder nach den hier angedeuteten Verhältnissen vermutheten Auftrags benommen hat, von dem Erben ersetzt werden müssen. Die Bestreitung dieser Begräbnißkosten ist als eine wahre und eigentliche Schuld der Erbschaftsmasse anzusehen, und sohin auch derselben vor allen Legaten, ja sogar im Falle eines erst nach der Hand über das Verlassenschafts-Vermögen ausgebrochenen Concurses auch vor vielen anderen Schulden der Vorzug zu geben.

§. 550.

Mehrere Erben werden, in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes, für Eine Person angesehen. Sie stehen in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Uebergabe (Einantwortung) der Erbschaft Alle für Einen, und Einer für Alle. —

In wie fern sie nach der erfolgten Uebergabe zu haften haben, wird in dem Hauptstücke von der Besitznehmung der Erbschaft bestimmt.

1) So lange die Erbschaft nicht an die Erben eingeantwortet ist, macht selbe eine von dem Vermögen der Erben wenigstens juridisch abgesonderte Masse aus, in Ansehung welcher den Erben lediglich das Recht der Verwaltung und der Benützung gebühret (§§. 547, Nr. 3). — In Ansehung des Anspruches, den jeder der Erben an die Verlassesmasse zu machen hat, — besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft; und so wie die Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache oder eines solchen Rechtes als Eine Person angesehen werden (§. 828), so ist dieses auch bey mehreren Erben der Fall. — Aus welchem Rechtstitel jedem der Erben sein Anspruch zukömmt, und ob sie auf die Erbschaft zu gleichen oder ungleichen Theilen ein Recht haben, darauf kömmt es nicht an. — Aus dieser Personeneinheit folgt nun aber, daß kein einzelner Erbe, noch auch die Mehrheit derselben, auch nur über einzelne Bestandtheile der Erbschaft solche Verfügungen treffen könne, wodurch über die Antheile der übrigen Theilhaber, die vor der Einantwortung der Verlassenschaft nur ideelle Theile seyn können, verfügt würde. —

2) Eben deßwegen, weil die Verlassenschaft vor gerichtlicher Einantwortung derselben an die Erben als eine ungetheilte Masse anzusehen ist, haften die daraus zu leistenden Verbindlichkeiten des Erblassers auf der ganzen Masse, und die Gläubiger haben daher das Recht in dem Falle, als die Erben die Verwaltung und Benützung der Verlassenschaft unter sich getheilt hätten, sich aus was immer für einem Theile der Verlassenschaft zahlhaft zu machen. Zur Erläuterung des Gesagten ein Beyspiel. Man nehme an, es haben sich zur Verlassenschaft drey Erben erklärt, welche die in der Masse vorhandenen drey Privatschuldscheine, jeden zu 1000 fl., unter sich zur Benützung vertheilen. — Ein Gläubiger meldet nun gegen die Verlassenschaft eine Forderung von 1000 fl. an. Wegen Personeneinheit der Erben muß er nun seine Klage gegen alle drey Erben richten;

wird ihm nun aber seine Forderung zuerkannt, so steht es ihm frey, sich von diesen drey Activ-Forderungen eine nach Belieben einantworten zu lassen, und er kann nicht verhalten werden, sich alle drey Forderungen, jede zu einem Drittheil, ins Eigenthum abtreten zu lassen. — Ist die Verlassenschaft, bevor der Gläubiger die Einantwortung verlangt hat, bereits den Erben eingeantwortet, und jedem der Erben das im Genusse gehabte Capital als förmliches Eigenthum übergeben, so hat er nur dann das Recht, sich eines dieser drey Capitalien vollständig einantworten zu lassen, wenn sich die Erben unbedingt als solche zur Verlassenschaft erklärt haben (§. 820); haben sie sich aber mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars als solche erkläret, so ist er dieses nicht mehr zu thun befugt, sondern nur berechtigt, von jedem der drey Erben den dritten Theil seiner Forderung in Anspruch zu nehmen. Hieraus wird deutlich, was der gegenwärtige §. dadurch sagen wolle, daß mehrere Erben vor der Einantwortung der Erbschaft Alle für Einen, und Einer für Alle stehen.

3) Uebrigens ist jeder Erbe vollständiger Eigenthümer des Anspruches, den er an die Erbschaft zu stellen hat. Er kann seinen subjectiven Antheil veräußern oder verpfänden, denn dadurch geht in einem objectiven Bestandtheile der Verlassenschaft keine Veränderung vor. Die Verlassenschaft bleibt das, was sie ist; und nur die Person desjenigen, der an diese Verlassenschaft einen Anspruch zu machen hat, wird dadurch ganz oder theilweise verändert (Vergl. §. 829) [1].

§. 551.

Verzicht auf das Erbrecht.

Wer über sein Erbrecht gültig verfügen kann, ist auch befugt, im voraus darauf Verzicht zu thun.

1) Herr Hofrath v. Zeiller scheint bey Erläuterung dieses §. die Erbserklärung mit der Einantwortung der Erbschaft zu verwechseln, da er sagt: in wie fern die Rechte und Verbindlichkeiten nach der Erbserklärung gemeinschaftlich oder getheilt seyen, wird am gehörigen Orte gesagt (§§. 820 u. 821), und diese §§. offenbar von der Einantwortung, und nicht von der Erbserklärung sprechen. Wahrscheinlich rührt diese Verwechselung von einem Druckfehler her.

Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen.

1) Die Verzichtleistung unterscheidet sich von der Ausschlagung einer Erbschaft. Man leistet auf das Erbrecht Verzicht, wenn man vor dem Anfalle derselben, nähmlich vor dem Tode des Erblassers, oder vor eingetroffener Bedingung (§§. 545 u. 703) erkläret, daß man von denselben keinen Gebrauch machen wolle. — Wer diese Erklärung nach dem Erbanfalle abgibt, von diesem sagt man, daß er die Erbschaft ausschlage. — Die Verzichtleistung hat, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, hauptsächlich bey Notherben, denen ein Erblasser einen Erbtheil zu hinterlassen verbunden ist (§§. 762 und 767) und bey Fideicommiß-Besitzern oder Anwärtern (§. 632) eine Anwendung. — Indessen muß man doch die Verzichtleistung des Notherben auf den Pflichttheil von der Verzichtleistung desselben auf den Erbtheil unterscheiden. Die Verzichtleistung auf den Pflichttheil entbindet den Erblasser lediglich von der Verpflichtung, seinem Notherben einen Erbtheil zu hinterlassen; setzt aber derselbe diesen freywillig zum Erben ein, oder stirbt er, ohne daß er über den Antheil, den der Notherbe als Pflichttheil in Anspruch zu nehmen gehabt hätte, ausdrücklich disponirte, — so steht dem letzteren allerdings das Recht zu, diesen Erbtheil, zwar nicht als Pflichtgabe, sondern als letztwilligen oder Intestat-Erbtheil, in Anspruch zu nehmen. Leistet aber der Notherbe auf seinen Erbtheil überhaupt Verzicht, so hört seine Erbfähigkeit, in Beziehung auf die bestimmte Erbschaft, auf. — Hat der Fideicommiß-Erbe auf das Recht, seinen Vorgänger zu beerben, Verzicht geleistet, so scheint es, wenn es sich um die Wirkung dieser Verzichtleistung handelt, darauf anzukommen, ob er zugleich Allodial-Erbe des Erblassers sey oder nicht. — Ist er zugleich Allodial-Erbe, und stand er zugleich am Zeitpuncte der Verzichtleistung mit dem Erblasser in einem solchen Verhältnisse, daß er eine Allodial-Erbschaft mit Grunde zu erwarten hatte, — so scheinet seine Verzichtleistung, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Fideicommiß-Nachfolge ausgedehnt wurde, nur

für die Allodial-Erbschaft zu gelten, weil sich die Fideicommiß-Nachfolge in das Fideicommiß-Vermögen des Erblassers nicht als eine neue Erbfolge darstellet, da dem Fideicommiß-Anwärter bereits bey Lebzeiten des Fideicommiß-Besitzers ein Antheil an dem Obereigenthumsrechte zustehet.

2) Die Verzichtleistung geschieht entweder unbestimmt und allgemein, oder sie geschieht zu Gunsten bestimmter Personen. — Ist das letztere der Fall, so scheint die Verzichtleistung ohne Wirkung zu seyn, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Verzichtleistung geschah, die Erbschaft nicht annehmen konnte oder wollte. — Das erstere wäre z. B. der Fall, wenn er vor dem Erblasser bereits gestorben wäre. — Wird die Verzichtleistung von demjenigen, zu dessen Gunsten sie geschieht, noch bey Lebzeiten des Erblassers angenommen, so käme dadurch ein Vertrag zu Stande, welcher aber, vermög dem Gesetze §. 879 Nr. 4, als ungültig erklärt wird. Eine noch nicht angenommene Verzichtleistung kann ohne Anstand nach Belieben widerrufen werden. Wird die Verzichtleistung angenommen, so kann selbe ohne Zweifel gleichfalls gültig widerrufen werden, weil die Erklärung der Annahme keinen gültigen Vertrag begründet. — Es entsteht aber die Frage: ob eine solche angenommene Verzichtleistung, wenn bey Lebzeiten des Erblassers kein Widerruf erfolgt, nach dem Tode desselben in Wirksamkeit trete? — — Ich glaube allerdings; denn die Verzichtleistung ist an und für sich nicht ungültig, sondern nur die Annahme, und die aus einer solchen sonst hervorgehende Unwiderruflichkeit. — Damit eine allgemeine und unbestimmte Verzichtleistung von Wirkung sey, scheint erforderlich zu seyn, daß sie, gleich der Erbserklärung, von der Personalbehörde desjenigen, auf dessen Nachlaß verzichtet werden soll, und welcher sohin, im Falle dessen Todes, die Abhandlungspflege zustände, gemacht werde.

3) Da jede Verzichtleistung eine Veräußerung des Rechtes ist, worauf man verzichtet, so ist es ganz natürlich, daß sie nur von demjenigen eigenmächtig geschehen könne, welcher frey über seine Rechte verfügen kann. Ein Minderjähriger oder anderer Pflegebefohlener bedarf sohin hierzu der Einwilligung

seines Vertreters und der Vormundschafts- oder Curatelsbehörde (§. 233), und wenn die Verzichtleistung von einem minderjährigen Kinde mit seinem Vater eingegangen werden soll, so müßte demselben ein Curator bestimmt werden [1]).

4) Durch die Verzichtleistung begibt sich der vermeintliche Erbe schon des Erbanfalles. Da nun eine nicht angefallene Erbschaft auch auf die Nachkommen nicht übertragen werden kann, so ist es ganz natürlich, daß in dem Falle, als bey dem Absterben des Erblassers derjenige, welcher auf die Erbschaft Verzicht geleistet hat, noch am Leben ist, auch die Nachkommen nicht zur Erbschaft gelangen können. — Allein selbst in dem Falle, als derjenige, welcher auf das Erbrecht Verzicht geleistet hat, vor dem Erblasser mit Tod abginge, hätten dessen Nachkommen keinen Anspruch auf das Erbrecht. — Gründet sich der Titel zum Erbrechte auf den letzten Willen des Erblassers, so versteht sich dieses wohl von selbst, weil die Nachkommen des berufenen Erben in diesem Falle selbst dann keinen Anspruch auf die Erbschaft zu machen hätten, wenn keine Verzichtleistung vorläge; aber auch dann ist dieses der Fall, wenn sich das Erbrecht auf das Gesetz gründet. Zur Begründung dieser Behauptung berufe ich mich:

a. auf die §§. 733 u. 734. Ersterer sagt: „Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben Ein oder mehrere Enkel vorhanden; so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu." Eben so sagt letzterer: „Es können also die von jedem Kinde hinterlassenen Enkel, und die von jedem Enkel nachgelassenen Urenkel, ihrer seyen viele oder wenige, nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind oder der verstorbene Enkel erhalten hätten, wenn sie am Leben geblieben wären." Hätte also dem verstorbenen Kinde oder Enkel (sey es wegen der Erbunfähigkeit, oder wegen Verzichtleistung auf die Erbschaft) gar kein Erbtheil ge-

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 2.

bühret; so können auch die Descendenten derselben keinen ansprechen, weil sie sonst mehr erhalten würden als ihren Ascendenten zugekommen wäre.

b. Daß die Descendenten eines vor dem Erblasser verstorbenen gesetzlichen Erben ganz an die Stelle des letzteren treten, und ihnen das zu Theil wird, was ihrem Vorfahrer zu Theil geworden wäre, wird auch durch den §. 779, welcher von dem Pflichttheile, der ein Theil des gesetzlichen Erbtheiles ist, bekräftiget, da dieser ausspricht: „Wenn ein Kind vor dem Erblasser stirbt, und Abstämmlinge hinterläßt; so treten diese mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge, in Ansehung des Erbrechtes, an die Stelle des Kindes." Auch läßt es sich

c. nur aus dieser Ansicht erklären, daß sich bey der gesetzlichen Erbfolge ein Enkel auch das anrechnen lassen muß, was seine Aeltern, an deren Stelle er tritt, wie das Gesetz §. 790 ausdrücklich bemerkt, zu den §. 788 erwähnten Zwecken empfangen haben. Endlich

d. hat das Gesetz §. 541 offenbar nur ausnahmsweise angeordnet, daß die Nachkommen desjenigen, welcher sich (auf die im §. 540 bestimmte Weise) des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, wenn Letzterer vor dem Erblasser verstorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen seyen. Ausnahmen aber befestigen die Regel in allen nicht ausgenommenen Fällen.

Neuntes Hauptstück.

Von der Erklärung des letzten Willens überhaupt, und den Testamenten insbesondere.

§. 552.

Erklärung des letzten Willens.

Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben, Einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt, heißt eine Erklärung des letzten Willens.

Dem hier aufgestellten Begriffe zu Folge schließt eine Erklärung des letzten Willens folgende wesentliche Bedingungen (abgesehen von der äußeren Form) in sich: a) Eine Verfügung über das Vermögen, entweder über das ganze Vermögen, oder über einen Theil desselben, gleichviel, ob dieser ein in Bezug auf das Ganze bestimmter Theil (§. 532) oder eine bestimmte Summe, eine der Gattung oder der Individualität nach genau bezeichnete Sache, oder ein Recht sey. — Aufsätze über sittliche Ermahnungen an Angehörige, Familien-Nachrichten, Beyträge zur eigenen Lebensbeschreibung u. s. w. können, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, unter den Begriff einer letztwilligen Anordnung nicht gereihet werden.

2) Die Verfügung über das Vermögen muß b) darin bestehen, daß dasselbe Einer oder mehreren Personen überlassen wird. — Nach dieser gesetzlichen Bestimmung scheinen mir alle anderen Vorkehrungen des Erblassers, welche die Ueberlassung des Vermögens an bestimmte Personen nicht zum Zwecke haben, obgleich sie mit dem Vermögen in Verbindung stehen, unter eine Erklärung des letzten Willens, im juridischen Verstande, nicht gerechnet werden zu können. — Die Folge davon ist, daß diese von dem Erblasser gemachten Vorkehrungen nur des in der Gerichtsordnung für alle Thatsachen überhaupt vor-

geschriebenen Beweises bedürfen, und jene Förmlichkeiten nicht nöthig haben, welche insbesondere für Erklärungen des letzten Willens, im juridischen Sinne des Wortes, vorgeschrieben sind. — Darum habe ich auch bereits bey Erläuterung des §. 196 bemerket, daß die Verfügung des Erblassers, wodurch er Jemanden als Vormund seiner Kinder aufstellet, wenn sie nicht mit einem Testamente oder Codicille in Verbindung steht, der Testaments-Förmlichkeiten nicht bedürfe.

3) Die Verfügung soll c) nur nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung gehen Denn wenn Jemand eine Anordnung trifft, zu Folge welcher noch bey seinen Lebzeiten ein ihm angehöriges Vermögen an Eine oder mehrere Personen übergehen soll, so ist diese Anordnung lediglich ein Versprechen, und es muß die Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit desselben, nach den Bestimmungen der §§. 861 und 862, beurtheilet werden. — Ob die nach dem Tode einer Person vorgefundene Erklärung eine Verfügung bey Lebzeiten, oder erst nach dem Tode beziele, wird selten zweifelhaft seyn; indem derjenige, der noch bey Lebzeiten eine Verfügung über sein Vermögen bezielet, seine Erklärung nicht bey sich aufbewahren, sondern derjenigen Person, der er diesen Vermögenstheil zugedacht hat, zukommen zu machen befließen seyn wird.

4) Die Erklärung geschieht d) bloß von dem Erblasser, also einseitig, ohne daß von der dadurch bedachten Person auch eine Annahme dieser Erklärung erfolgte. — Aus dieser Einseitigkeit folgt auch die Widerruflichkeit der Anordnung, und diese Widerruflichkeit ist auch die wesentliche Eigenschaft einer Erklärung des letzten Willens, durch welche sie sich von dem Erbvertrage und der Schenkung auf den Todesfall unterscheidet. — Sobald also erhellet, daß die Anordnung eine Erklärung des letzten Willens sey, bedarf es keines ausdrücklichen Vorbehalts des Widerrufes.

§. 553.

Erfordernisse: I. Innere Form.

Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament, enthält sie aber andere Verfügungen, so heißt sie Codicill.

1) Es gibt nur zwey Arten der einseitigen letzten Willenserklärungen: Testament und Codicill. — Wird in derselben ein oder mehrere Erben in das ganze Vermögen, oder in einen, in Beziehung auf das Ganze, bestimmten Theil desselben (§. 532) eingesetzt, so heißt die letztwillige Erklärung: Testament. Enthält sie aber einzig nur andere Verfügungen über das Verlaßvermögen, z. B. Substitutionen, Vermächtnisse u. dgl., so heißt sie ein Codicill. Ich sage einzig; denn kommen nebst der Einsetzung eines Erben auch solche codicillarische Verfügungen in der letzten Willenserklärung vor, so wird dadurch ihre Eigenschaft als Testament nicht aufgehoben.

2) Nach dem österreichischen Rechte hat der Unterschied zwischen einem Codicille und einem Testamente keine practische Wichtigkeit. — Beyde werden unter der allgemeinen Benennung der Erklärung des letzten Willens begriffen, und was daher von dieser im gegenwärtigen Hauptstücke überhaupt gesagt wird, gilt sowohl von Testamenten als Codicillen. — Nur bey dem Vorhandenseyn mehrerer letztwilliger Anordnungen, ist die Beantwortung der Frage: ob die eine oder andere als ein Testament oder Codicill anzusehen sey? von Bedeutung. —

§. 554.

Zutheilung der Erbschaft: a) wenn nur ein Erbe eingesetzt ist.

Hat der Erblasser einen einzigen Erben, ohne ihn auf einen Theil der Verlassenschaft zu beschränken, unbestimmt eingesetzt, so erhält er den ganzen Nachlaß. Ist aber dem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf das Ganze bestimm-

ter Erbtheil ausgemessen worden, so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu.

1) Der Gesetzgeber entscheidet hier den Fall, wo der Erblasser nur einen einzigen Erben unbestimmt, ohne dabey zu bemerken, ob er die ganze Erbschaft, oder nur einen Theil derselben erhalten soll, eingesetzt hat (z. B. er sagte: „A soll mein Erbe seyn,"), dahin, daß dieser den ganzen Nachlaß erhalten solle. — Hat er aber den einzigen Erben nur zu einem, obgleich in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theile berufen (z. B. A soll Erbe der Hälfte meiner Verlassenschaft seyn, oder er soll den dritten Theil der Verlassenschaft haben), so erhält er nach der klaren Willens-Erklärung auch nur diesen Theil; das übrige Vermögen fällt den gesetzlichen Erben zu.

2) Was wäre aber dann Rechtens, wenn der Erblasser den Erben nur zu einem Theile der Verlassenschaft eingesetzt hätte, ohne jedoch diesen Theil genau zu bestimmen, welches sich ereignen kann, wenn der Erblasser bey Verfassung des Testamentes noch unentschlossen ist, zu welchem Theile er den Erben einsetzen wolle, und daher bey dem Schreiben desselben zur nachträglichen Bestimmung dieses Theiles einen Raum offen läßt; z. B. es stünde im Testamente: A soll den — Theil meiner Verlassenschaft als Erbe bekommen. — Da der Erblasser durch diese Verfügung deutlich erklärt hat, daß er dem A nicht das ganze Vermögen hinterlassen wolle, so scheint allerdings hier das Verlassenschafts-Vermögen zwischen dem Testaments- und den gesetzlichen Erben getheilt werden zu müssen. — Der eingesetzte Erbe tritt sohin mit den gesetzlichen Erben in Bezug auf den Nachlaß in eine Gemeinschaft (§. 825); und bey jeder Gemeinschaft wird im Zweifel, der eben hier vorhanden ist, jeder Theil gleich groß angesehen (§. 839). — Daher wird die eine Hälfte des Nachlasses dem Testaments-Erben, die andere den gesetzlichen Erben zufallen. Auch stimmt diese Behauptung mit der Analogie des folgenden §. vollkommen überein. — Man könnte zwar gegen dieselbe erinnern, daß sie allerdings dann richtig sey, wenn nur Ein gesetzlicher Erbe vorhanden ist; nicht aber wenn deren meh-

rere existiren, indem man in diesem Falle gerade, nach den hier citirten Gesetzstellen, zu schließen berechtiget sey, daß der hier vom Erblasser in dem Testamente eingesetzte Erbe mit den vom Gesetze zur Erbschaft Berufenen, den Nachlaß nach einer gleichen, nach der Personen-Anzahl vorzunehmenden Theilung in Anspruch zu nehmen habe. — Allein diese Bemerkung wäre nicht richtig; denn die mehreren gesetzlichen Erben müssen hier als eine einzige moralische Person angesehen werden. Der §. 727 sagt, daß wenn der Verstorbene in der Erklärung seines letzten Willens nicht über sein ganzes Vermögen verfügt hat, die gesetzliche Erbfolge zum Theile Statt finde. Hinsichtlich dieses Theiles befinden sich nun die gesetzlichen Erben in einer Gemeinschaft, und müssen sohin als Eine Person betrachtet werden. — Dieser Theil muß, ohne Rücksicht auf die Anzahl der gesetzlichen Erben, ausgemittelt werden, und nur auf die weitere Zergliederung dieses Theiles hat die Anzahl der Intestat-Erben Einfluß. — Es kann sohin der ganze Nachlaß nicht gleich in so viele Theile, als Erben sind, gesondert, sondern er muß vorerst in zwey Theile zergliedert werden, wovon der eine dem Testamentserben, der andere aber den gesetzlichen Erben zusammen genommen, zufällt.

3) Ein anderer Zweifel entsteht, ob in dem Falle, als der auf einen bestimmten Theil der Verlassenschaft eingesetzte Erbe zugleich auch gesetzlicher Erbe ist, dieser den Theil der Verlassenschaft, worüber der Erblasser nicht disponirt hat, seinen Miterben, oder in so fern er der einzige gesetzliche Erbe wäre, den nach ihm vom Gesetze zur Erbschaft Berufenen überlassen müsse, oder ob er zugleich hier als Intestat-Erbe eintreten könne? — War zur Zeit, als der Erblasser das Testament errichtete, ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, dem, ohne der Disposition des Erblassers, das ganze Vermögen zugefallen wäre, so zeigt es sich offenbar, daß der Erblasser den eingesetzten Erben nur begünstigen wollte, indem er ihn an seiner Erbschaft, wovon er durch das Gesetz ausgeschlossen wäre, Theil nehmen ließ; diese theilweise Erbeseinsetzung kann daher nicht als eine theilweise Ausschließung für den Fall angesehen werden, als der eingesetzte Erbe zugleich auch der vom Gesetze zur Erbschaft Berufene seyn

sollte. — Ist er daher der einzige gesetzliche Erbe, so kann es keinem Anstande unterliegen, daß er den übrigen Theil der Erbschaft als Intestat-Erbe antreten könne. Sind nebst ihm noch andere gesetzliche Erben vorhanden, so wird er seinen Theil als Testamentserbe, nebst diesem aber auch noch den auf ihn fallenden Theil als gesetzlicher Erbe in Anspruch zu nehmen haben, indem sich daraus, daß der Erblasser ihn vor allen übrigen, die mit ihm, in Bezug auf das gesetzliche Erbrecht, auf einer Linie stehen, besonders auszeichnete, nicht folgern läßt, daß er im Falle der gesetzlichen Erbfolge von seinem gemeinschaftlichen Anspruch mit den zur Erbschaft Mitberufenen ausgeschlossen seyn sollte. — Zweifelhafter wäre es aber, wenn der zum Theil eingesetzte Erbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung vom Gesetze zur Erbschaft berufen gewesen wäre. — Hier wird nun gleichfalls zu unterscheiden seyn, ob er der einzige gesetzliche Erbe gewesen sey, oder nicht. — Im ersten Falle scheint die ausdrückliche Einsetzung auf einen bestimmten Theil der Erbschaft nicht zugleich als eine Ausschließung auf den anderen Theil angesehen werden zu können; denn der Erblasser konnte sich in einem Irrthume befunden haben, oder er konnte glauben, daß noch ein oder mehrere Miterben nachfolgen werden, oder er konnte auch im Sinne gehabt haben, auf den übrigen Theil einen anderen Erben einzusetzen, von welchem Entschlusse er in der Folge wieder abgegangen ist. — War der eingesetzte Erbe aber nicht der einzige Intestat-Erbe, so beträgt der ihm zugedachte Erbtheil entweder mehr, oder gerade so viel, oder weniger als sein Intestat-Erbtheil. In beyden ersteren Fällen scheint der Erblasser ihm nur in der Theilung der Erbschaft begünstigen, oder seinen Erbtheil sichern zu wollen, er wird daher auf einen weiteren Erbtheil keinen Anspruch machen können. — Im letzten Falle scheint der Erblasser den eingesetzten Erben in seinem gesetzlichen Miterbrechte beschränken zu wollen. — Hat aber der Erblasser seinen einzigen gesetzlichen Erben ausdrücklich nur auf den bestimmten Theil der Erbschaft eingesetzt, so ist er von dem übrigen Antheil ausgeschlossen, und es treten somit diejenigen Personen als Erben ein, welche nach ihm zur Erbschaft berufen sind.

4) Die mit einem, nicht einmahl in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theile bedachte Person, ob sie gleich der Erblasser ganz allein, und mit der ausdrücklichen Benennung „Erbe" berufen hätte, ist, wie schon v. Zeiller bemerkte, bloß als ein Vermächtnißnehmer zu betrachten (§. 335), und es tritt die gesetzliche Erbfolge ein. — Zweifelhafter ist dagegen ein entgegengesetzter Fall, wenn z. B. der Erblasser über sein ganzes Vermögen, mit Ausschluß einer einzelnen Sache, oder einer bestimmten Summe verfügt hätte; wem fällt nun diese einzelne Sache, diese bestimmte Summe Geldes zu, dem Testaments- oder den gesetzlichen Erben? Setzen wir z. B., der Erblasser habe gesagt: A soll Erbe meines ganzen Vermögens, mit Ausschluß eines Capitals von 3000 fl., seyn. — Wem gebühren nun die dreytausend Gulden? Ich glaube, daß sie im vorliegenden Falle den gesetzlichen Erben gebühren, weil angenommen werden muß, daß der Erblasser diese dabey im Sinne hatte, als er den eingesetzten Erben hiervon ausschloß. Die gesetzlichen Erben treten aber hier nicht als Erben, sondern als Vermächtnißnehmer ein, und sind nach diesen Grundsätzen zu behandeln. Hätte aber der Erblasser über die 3000 fl. zwar disponirt, jedoch auf eine Art, daß daraus durchaus nicht zu erkennen ist, wem er gemeint habe; z. B. er hätte einen Raum zur nachträglichen Hineinsetzung des Nahmens des Legatars freygelassen: so werden diese 3000 fl. nicht den gesetzlichen, sondern den Testamentserben zufallen; denn die gesetzliche Erbfolge kann hier nicht Statt finden (§. 727, Nr. 4 und 5), und als Vermächtnißnehmer können sich die gesetzlichen Erben nicht ansehen, weil hier, wo der Erblasser ausdrücklich über die 3000 fl. hat verfügen wollen, nicht angenommen werden darf, daß er gerade nur seine gesetzlichen Erben bedenken wollte.

§. 555.

b) Wenn Mehrere ohne Theilung eingesetzt sind.

Sind ohne Vorschrift einer Theilung mehrere Erben eingesetzt worden, so theilen sie zu gleichen Theilen.

1) Nach dem gemeinen Rechte erhalten jene Erben, die der Erblasser in einem Satze vereiniget, nur einen Theil; wenn er also sagt: Titus soll mein Erbe seyn, Sempronius und Cajus sollen gleichfalls meine Erben seyn: so erhält der Titus die eine Hälfte der Erbschaft; die andere fällt dem Sempronius und Cajus zu gleichen Theilen zu. Der österreichische Gesetzgeber hielt diese Bestimmung weder in dem Sprachgebrauche noch in der Natur der Sache gegründet, und hat sie daher hier nicht aufgenommen. Nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. wird daher die Erbschaft in so viele gleiche Theile getheilt, als Erben ernannt sind. — Eine Ausnahme hiervon enthält der §. 559.

2) Die Theile der Miterben können auch, wie von Zeiller bemerkt, wenn Posthumi eingesetzt sind, anfänglich ungewiß seyn; für die Bewahrung der Rechte der letzteren hat der Curator zu sorgen. —

§. 556.

c) Wenn Alle in bestimmten Theilen eingesetzt sind.

Sind mehrere Erben und zwar alle in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden, so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu. Hat aber der Erblasser die Erben zum ganzen Nachlasse berufen, so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, obschon er in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergangen hätte.

1) Der gegenwärtige §. behandelt den Fall, wo ein Erblasser mehrere Personen zu bestimmten Theilen der Verlassen-

schaft zu Erben eingesetzt hat, und diese bestimmten Theile zusammengenommen das Ganze nicht erschöpfen, sondern wo nach der geschehenen Vertheilung unter die Erben nach dem von dem Erblasser jedem Zugewiesenen, noch ein Betrag erübriget, und daher die Frage entstehet: wem dieser Ueberrest zukomme? — Diese Frage wird nun dahin entschieden, daß dieser den vom Gesetze zur Erbschaft berufenen Personen zufalle.. Diese Anordnung stimmt auch ganz mit dem Inhalte des §. 727 überein; gemäß welchem in dem Falle, als der Erblasser nicht über sein ganzes Vermögen verfügt hat, in Betreff dieses übrigbleibenden Theiles die gesetzliche Erbfolge einzutreten hat.

2) Hat aber der Erblasser ausdrücklich angeordnet, daß die eingesetzten Erben den ganzen Nachlaß haben sollen, so zeigt es sich offenbar, daß derselbe in der Zuweisung der einzelnen Theile geirret haben müsse. — In diesem Falle können die gesetzlichen Erben auf den Ueberrest keinen Anspruch machen, weil sie durch die Anordnung, daß der gesammte Nachlaß den eingesetzten Erben zukommen soll, von jedem Antheile an der Erbschaft ausgeschlossen sind. — Es ist daher auch klar, daß dieser Ueberrest nicht den gesetzlichen, sondern den eingesetzten Testamentserben zufallen müsse. Nur frägt es sich hier: nach welchem Maßstabe die eingesetzten Erben diesen Ueberrest zu theilen haben; ob nach gleichen Theilen, oder nach dem Verhältniß der ihnen von dem Erblasser zugewiesenen Antheile? — Es kann kein vernünftiger Zweifel obwalten, daß das Letztere geschehen müsse, indem dadurch die Absicht des Erblassers am besten erreicht wird. Hat er daher z. B. angeordnet: A und B sollen meine Verlassenschaft beerben, und zwar soll A die Hälfte, B ein Drittheil bekommen; so müssen diese einzelne Bruchtheile unter einen gemeinschaftlichen Nenner gebracht werden, und A wird sohin drey, der B aber zwey Sechstheile erhalten. Das noch erübrigende eine Sechstheil wird nun in fünf Theile getheilt, wovon drey Theile dem A und die übrigen zwey dem B zufallen. Es wird sohin von der ganzen Verlassenschaft der A 18/30 und der B 12/30 erhalten.

3) Ein Aehnliches wäre der Fall, wenn der Erblasser die Stücke, aus dem seine Verlassenschaft bestehet, genennet, und in der Aufzählung einige übergangen hätte; z. B. er hätte verfügt: A und B sollen Erben meines Nachlasses seyn, der A soll meine Häuser, und der B meine Capitalien haben. — Wem gehören nun jene Fahrnisse, welche nicht als Zugehör der Häuser angesehen werden können? — Offenbar beyden Erben zusammengenommen. — Aber in welchen Antheilen? — Es scheint, daß beyde zu gleichen Theilen auf selbe Ansprüche haben. — Denn indem jedem dieser Erben von dem Erblasser keine, in Bezug auf das Ganze, bestimmten Theile, sondern nur ein Inbegriff einzelner Sachen zugewiesen wurde, so sind beyde Erben in Ansehung dieser ihnen zugewiesenen Vermögensstücke lediglich als Prälegatare anzusehen; und das, was außer diesen noch übrig bleibt, ist eigentlich die wahre Erbschaft, die beyde, nach der Vorschrift des vorigen §., in zwey gleiche Theile zu theilen haben.

4) Hat der Erblasser nach der von ihm gewählten Vertheilungsart die Theile des Ganzen überschritten, wie, wenn er z. B. verordnet hätte: daß A die Hälfte, B ein Drittheil und C ein Viertheil der Verlassenschaft haben solle, in welchem Falle eigentlich die Verlassenschaft in 12 Theile zu theilen wäre, wovon der A 6, der B 4 und der C 3 Theile erhalten sollte, woraus sich zeiget, daß die Verlassenschaft nicht zureichet, sondern, um jeden der Erben zu befriedigen, noch 1/12 Theile aus fremdem Vermögen zugetragen werde müßte: so muß jeder der Erben einen verhältnißmäßigen Abzug leiden. — Es müßten nun diese 1/12 wieder in 13 Theile getheilt werden, und es müßte sich sohin der A einen Abzug von 6/156, der B von 4/156 und der C von 3/156 von der ganzen Verlassenschaft gefallen lassen, und sohin würde A 72/156, B 48/156 und der C 36/156 von der ganzen Verlassenschaft erhalten.

§. 557.

d) Wenn Einige mit Theilen, Andere ohne Theile eingesetzt sind.

Wird unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil (z. B. ein Drittheil, ein Sechstheil), anderen aber nichts Bestimmtes ausgemessen; so erhalten diese den übrigen Nachlaß zu gleichen Theilen.

Diese Vorschrift ist klar; von Zeiller führt das Beyspiel an, wenn der Erblasser sagen würde: A sey mein Erbe in einem Sechstheile, B in einem Drittheile, C und D sollen ebenfalls meine Erben seyn; so erhält A ein Sechstheil, der B ein Drittheil, den Rest theilen C und D zu gleichen Theilen. Beträge daher die Erbschaft 90.000 fl., so würde A 15.000 fl. — B 30.000 fl. — und C und D jeder 22.000 fl. erhalten.

§. 558.

Bleibt nichts übrig, so muß von sämmtlichen bestimmten Theilen für den unbestimmt eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abgezogen werden, daß er einen gleichen Antheil mit demjenigen erhalte, der am geringsten bedacht worden ist. Sind die Theile der Erben gleich groß, so haben sie an den unbestimmt eingesetzten Erben so viel abzugeben, daß er einen gleichen Antheil mit ihnen empfange. In anderen Fällen, wo ein Erblasser sich verrechnet hat, ist die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird.

1) Wenn der Erblasser sein Vermögen durch die ausdrücklich zugewiesenen Antheile schon erschöpft hat, dessenungeachtet

aber doch noch einen Erben zu einem unbestimmten Antheile einsetzt, so ist es offenbar, daß er sich geirret habe; — denn es ist nicht anzunehmen, daß er eine wirkungslose Erbeseinsetzung machen wollte. — Indem der Erblasser eine Person zum Erben einsetzte, ohne ihren Antheil zu bestimmen, wollte er doch offenbar, daß sie einen Antheil erhalten solle; es ist also allerdings der Gerechtigkeit gemäß, dieser auch etwas zukommen zu machen, und daher die in bestimmten Theilen eingesetzten Erben zu verhalten, verhältnißmäßig so viel abzutreten, damit dieser unbestimmt eingesetzte Erbe gleichfalls einen Antheil erhalte. — Wie groß soll aber dieser Antheil seyn? — Bey Beantwortung dieser Frage ist es nothwendig, daß der positive Gesetzgeber durch eine, von den Grundsätzen der Billigkeit geleitete, willkührliche Verfügung durchgreife. — Dieses thut auch der österreichische Gesetzgeber dadurch, daß er anordnet, daß sich ein solcher unbestimmt eingesetzter Erbe mit dem geringsten Theile zufrieden stellen müsse, welcher von dem Erblasser den in bestimmten Theilen eingesetzten Erben zugewiesen worden ist.

2) Aus der Anordnung, daß der unbestimmt eingesetzte Erbe einen gleichen Betrag mit demjenigen zu erhalten habe, der von dem Erblasser am geringsten bedacht worden ist, folgt ganz consequent, daß er in dem Falle, als jedem der auf bestimmte Theile eingesetzten Erben ein gleicher Theil zugewiesen worden ist, ebenfalls einen gleichen Theil mit den übrigen zu beziehen habe.

3) Da es sich aber öfters ereignen kann, daß der Erblasser aus Unachtsamkeit in den Ausdrücken, aus Mangel an einer genauen Kenntniß seines gegenwärtigen Vermögensstandes, oder aus einer nachgefolgten Veränderung desselben Dispositionen mache, welche nach ihrem buchstäblichen Inhalte nicht in Erfüllung gebracht werden können, so stellt hier der Gesetzgeber als allgemeine Regel fest, daß in allen diesen Fällen der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllet werden solle. — Es muß also bey solchen vorkommenden Fällen vorzüglich die wahre Absicht des Erblas-

sers erforscht, — und aus den einzelnen Bestimmungen geschlossen werden, wie der Erblasser seine Verfügungen in Worte eingekleidet haben würde, wenn er auf seinen Irrthum aufmerksam gemacht worden wäre. — Für die Entscheidung solcher Fälle können auch andere, obgleich nicht mit den gesetzlichen Testaments-Förmlichkeiten versehene Aufsätze des Erblassers (§. 582), oder auch mündliche Aeußerungen desselben, wenn sie gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden, mit Wirkung in Anwendung gebracht werden.

§. 559.

Welche Erben als Eine Person betrachtet werden.

Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bey der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen (z. B. die Bruderskinder gegen den Bruder des Erblassers); so werden sie auch bey der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet. Ein Körper, eine Gemeinde, eine Versammlung (z. B. die Armen) werden immer nur für Eine Person gerechnet.

1) Aus dieser Anordnung folgt, daß so oft die Erbschaft unter mehrere, von einander verschiedene, Erben zu vertheilen ist, immer darauf gesehen werden müsse, ob unter diesen nicht solche vorhanden sind, welche als Eine Person angesehen werden müssen. Diesen muß auch immer nur ein Erbtheil zugemessen werden, und nur diesen theilen sie dann unter sich zu gleichen Theilen. — Dieses ist zuerst der Fall, wenn mehrere einzelne Personen zusammen eine moralische Person ausmachen, und der Erblasser eine solche Bezeichnung wählt, daß man sieht, er habe hier nicht die einzelnen Personen, sondern nur die Gesammtheit derselben vor Augen. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der Erblasser anordnete, meine Brüder und die hiesigen Elisabethinerinnen sollen meine Erben seyn. — Oft wird eine Mehrheit

von Personen, ohne daß sie gerade eine moralische Person ausmachen, unter Einem gemeinschaftlichen Nahmen begriffen, wie z. B. die Ortsarmen; auch diese werden, wenn sie nebst anderen zur Erbschaft berufen werden, als Eine Person angesehen und behandelt. — Bedient sich der Erblasser des Ausdruckes „Armen" im Allgemeinen, so sind in der Regel ebenfalls die Armen des Ortes, wo der Erblasser verstorben ist, zu verstehen.

2) Hat der Erblasser seine Verwandten zu Erben eingesetzt, so sind im Zweifel diejenigen darunter zu verstehen, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge den Erblasser beerben würden (§. 682), und bey der Vertheilung der Erbschaft unter dieselben werden diejenigen, welche bey der gesetzlichen Erbfolge nur jure repraesentationis ihrer Aeltern als Erben eintreten, nur für Eine Person angesehen. — Dieses wäre auch der Fall, wenn der Erblasser die Verwandten eines Anderen, z. B. seiner Frau, als Erben eingesetzt hätte; denn weder der gegenwärtige, noch der §. 682 machen hierin einen Unterschied. — Diese Anordnung scheint jedoch nur für den Fall zu gelten, wenn der Erblasser nebst diesen, für Eine Person anzusehenden Verwandten, auch noch andere Verwandte zu Erben berufen hat. Dieses drückt der gegenwärtige §. klar durch die Worte aus: „Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bey der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen (Personen, mit denen sie zusammentreffen) als Eine Person angesehen werden müssen u. s. w.," und der §. 682 bestätigt gleichfalls, daß der gegenwärtige §. nur von der Vertheilung unter solchen Personen spreche, wovon bey der gesetzlichen Erbfolge einige gegen die übrigen als Eine Person anzusehen sind. Auch der von Herrn Hofrath von Zeiller aufgeführte gesetzliche Grund bestätiget die Richtigkeit dieser Ansicht. Er sagt nähmlich: es sey zu vermuthen, daß der Erblasser solche entferntere Verwandte hauptsächlich ihres Vorfahrers wegen, begünstigen, mithin ihnen nicht mehr zuwenden wollte, als der Vorfahrer selbst erhalten haben würde. — Wenn also der Erblasser verfügt: Carl, dann mein Bruder Joseph, und die Töchter meiner verstorbenen Schwester, Anna und Maria, sollen meine Erben seyn,

so ist aus obigem Grunde wohl anzunehmen, daß die beyden Nichten, Anna und Maria, zusammen nicht mehr erhalten sollen, als der Bruder Joseph. Wenn aber der Erblasser sagt: Carl und die Töchter meiner verstorbenen Schwester, Anna und Maria, sollen meine Erben seyn, so läßt sich wohl nicht annehmen, daß der Erblasser den fremden Carl mehr, als jede dieser seiner beyden Nichten begünstigen wollte.

§. 560.

Recht des Zuwachses.

Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann, oder will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

1) Das Zuwachsrecht ist, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, das Recht der eingesetzten Erben (nebst ihrem eigenen Antheile), denjenigen Erbtheil zu erhalten, welchen ein Miterbe (oder mehrere) nicht annehmen kann (§§. 538 — 546), oder nicht annehmen will (§. 805); vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht schon eine ausdrückliche Vorsehung durch Ernennung eines Nacherben getroffen (§. 604), oder, was ich noch hinzusetze, die eingesetzten Erben ausdrücklich von diesem Zuwachsrechte ausgeschlossen hat; in welchem Falle die vom Gesetze berufenen Erben als stillschweigend substituirt angesehen werden müssen. Nach den Vorschriften des römischen Rechtes konnte zwar der Erblasser den Miterben dieses Zuwachsrecht nicht entziehen; allein diese Anordnung war lediglich eine consequente Folgerung aus dem im römischen Rechte Statt findenden Grundsatze: Nemo potest pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere. — Mit Verwerfung dieses Grundsatzes mußte auch diese Folgerung in den Dispositionen des österreichischen Gesetzbuches wegbleiben. Die Behauptung aber, daß in dem Falle der ausdrücklichen Aus-

schließung des Erblassers die gesetzlichen Erben als stillschweigend substituirt anzusehen seyen, ist eine analoge Folgerung aus dem §. 610, nach welchem der von dem Erblasser seinen Erben gemachte Verboth, über den Nachlaß zu testiren, als eine stillschweigende fideicommissarische Substitution geachtet werden muß.

2) Kann einer der eingesetzten Erben den ihm zugedachten Erbtheil nicht annehmen, oder er will es nicht, und hat der Erblasser für diesen Fall keine besondere Verfügung getroffen: so wird dadurch für die ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung eingesetzten Erben die Erbschaftsmasse (d. i. der Inbegriff der übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen) vergrößert, und dadurch sohin die den einzelnen Erben zugedachten Verlassenschaftstheile ipso facto vermehret. — Es macht, nach der Natur der Sache, keinen Unterschied, ob derjenige, der die Erbschaft nicht annehmen kann oder will, zu einem bestimmten oder unbestimmten Theile als Erbe eingesetzt ist. — Daraus fließt aber auch, daß es zu diesem Zuwachse einer besonderen Erbserklärung nicht bedürfe, sondern in der von den Erben allgemein abgegebenen Erbeserklärung auch dieser Zuwachs mit begriffen sey, da dieser einen wahren Theil des Erbschafts-Vermögens ausmachet.

3) Aus dieser Bemerkung folgere ich aber weiter, daß so wie nach römischem Rechte, auch nach österreichischem die Miterben auf das Zuwachsrecht nicht Verzicht leisten können, weil der zur Erbschaft zuwachsende Theil einen wahren Bestandtheil der ganzen Erbschaftsmasse ausmacht, und von keinem derselben willkührlich ausgeschieden werden kann. — Da der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, und die Verlassenschaftsmasse, welche nur, in Bezug auf den Erben, Erbschaft genannt wird (§. 532), nicht nur in dem Inbegriff der Rechte, sondern auch der Verbindlichkeiten besteht (§. 531), so ist der Zuwachs nicht Vortheil allein, sondern auch Last; folglich das Zuwachsrecht auch kein reines Permissiv-Recht, auf welches von dem Erben nach Belieben Verzicht geleistet werden könnte. — Der Zuwachs muß nicht immer die reinen

Erbtheile der einzelnen Miterben vergrößern, es ist auch möglich, daß er sie verringere, wenn nähmlich der zugewachsene Erbtheil von dem Erblasser mit Lasten bebürdet worden ist, die denselben übersteigen. — Der gegenwärtige §. sagt ganz allgemein, daß der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zuwachse, da nun aber dieser Theil sowohl in Rechten als Verbindlichkeiten besteht, so will das Gesetz, daß die eingesetzten Erben auch die letzteren übernehmen müssen, was auch der §. 563 ausdrücklich verfügt. — Stände es in der Willkühr der zu unbestimmten Theilen eingesetzten Miterben, ob sie von dem Zuwachsrechte Gebrauch machen wollen, so wären sie eigentlich nur gesetzlich substituirte Nacherben, von welchem Falle der §. 607 spricht. — Das Gesetz hätte daher auch statt von dem Zuwachsrechte, von dem gesetzlichen Rechte der Substitution sprechen, und z. B. anordnen müssen: daß im Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung des Erblassers die zu unbestimmten Theilen eingesetzten Erben zu gleichen Theilen als Substituten eintreten, und es hätte sohin sicherlich diesen Gegenstand nicht im gegenwärtigen, sondern im nachfolgenden Hauptstücke behandelt.

§. 561.

Sind ein oder mehrere Erben mit, ein anderer oder mehrere ohne Bestimmung des Erbtheiles eingesetzt, so wächst der erledigte Theil nur dem einzelnen, oder den mehreren, noch übrigen, unbestimmt eingesetzten Erben zu.

Sind ein oder mehrere Erben in bestimmten Antheilen, andere aber unbestimmt als Erben eingesetzt, so ist es des Erblassers Wille, daß die ersteren die bestimmten Antheile der Erbschaftsmasse, die anderen aber das erhalten sollen, was über Abzug dieser Antheile noch erübriget. Da nun der erledigte Erbtheil der ganzen Erbschaftsmasse zurückfällt, so ist es auch ganz natürlich, daß selber den zu unbestimmten Theilen eingesetzten Erben zufalle. —

§. 562.

Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. — Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist, so fällt ein erledigter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

1) Daß einem bestimmt eingesetzten Erben das Zuwachsrecht in keinem Falle gebühren könne, ist aus dem, was oben gesagt worden ist, zu entnehmen; denn der erledigte Theil fällt immer der Erbschaftsmasse zu, an der ihm bereits der bestimmte Theil angewiesen ist, der sich dadurch weder vermehren, noch verringern kann. — In dem Falle nun, als der Erblasser entweder alle Erben zu bestimmten Theilen eingesetzt hätte, oder die zu unbestimmten Theilen eingesetzten ihren Erbtheil nicht annehmen könnten oder wollten, sohin kein unbestimmt eingesetzter Erbe erübriget: so fällt der erledigte Erbtheil den gesetzlichen Erben zu.

2) Sind die mehreren Erben in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden, und ist daher, nebst der Erbfolge aus dem Testamente, auch die gesetzliche Erbfolge bereits eingetreten (§§. 536 u. 727): so ist hier das Zufallen des erledigten Erbtheiles als ein wahrer Zuwachs anzusehen, dessen sich nach den obigen Bemerkungen die gesetzlichen Erben, wollen sie nicht auf alles Erbrecht Verzicht leisten, nicht entschlagen können. Ist aber durch die testamentarische Verfügung des Erblassers über das ganze Verlassenschaftsvermögen verfügt worden, so wird über den erledigten Erbtheil die Intestat-Erbfolge erst neu eröffnet, und es steht daher den gesetzlichen Erben frey, ob sie den ihnen dadurch zugefallenen Erbtheil annehmen oder ausschlagen wollen. — Daß aber auch in diesem Falle der erledigte Erbtheil an die gesetzlichen Erben komme, ist eine consequente, — aus dem der Verfügung des §. 556 zum Grunde liegenden Satze, daß dasjenige, worüber der Erblasser

nicht ausdrücklich verfügt hat, den gesetzlichen Erben gebühre, — gezogene Folgerung. — In beyden hier angeführten Fällen wird aber, wie bereits von Zeiller bemerkt hat, vorausgesetzt, daß die bedachten Personen zu wahren (in Beziehung auf das Ganze bestimmten) Erbtheilen, und nicht bloß zu Erbstücken oder bestimmten Summen, berufen seyen; denn sonst sind sie bloße Vermächtnißnehmer, von deren Zuwachsrechte §. 689 gehandelt wird.

§. 563.

Wer den erledigten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, in so fern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

1) Der Erblasser, welcher einem der Miterben eine Last, z. B. die Besorgung der Beerdigung, die Errichtung eines Monumentes, die Auszahlung eines Legates, auflegt, will, daß sie überhaupt aus seiner Verlassenschaft, aber insbesondere von diesem, in Rücksicht des gedachten Vortheiles, getragen werde. — Wer daher den erledigten Vortheil erhält, muß auch die damit verbundenen Lasten übernehmen. — Der Gesetzgeber hatte hier denjenigen vor Augen, welchem der erledigte Erbtheil zuwächst (denn von den Nachberufenen ist erst im folgenden Hauptstücke die Rede), und er bedient sich daher eben aus diesem Grunde nicht des Ausdruckes: „wer den erledigten Erbtheil annimmt," sondern, „wer den erledigten Erbtheil erhält." Dieser Ausdruck ist sohin sowohl für das Zuwachsrecht, als das Recht des Nachberufenen passend. Herr Hofrath von Zeiller, welcher die Ansicht hat, daß derjenige, dem das Zuwachsrecht gebührt, auf dasselbe Verzicht leisten kann, sagt: daß wenn die Miterben auf das Zuwachsrecht Verzicht leisten, die gesetzlichen Erben in deren Stelle treten, — allein der vorgehende §. überläßt den erledigten Erbtheil nur dann den gesetzlichen Erben, wenn gar kein unbestimmt eingesetzter Erbe vorhanden ist. — Der

Irrthum des Herrn Hofrathes von Zeiller [1]) scheint nur in dem Ausdruck „Zuwachsrecht" zu liegen. — Denn auf Rechte kann man wohl, der Regel nach, Verzicht leisten, besonders, wenn der Gegenstand derselben sich bloß auf das Vermögen eines Menschen bezieht, und nicht die eigene Persönlichkeit angeht. — Allein dieser Ausdruck ist offenbar aus dem römischen Rechte herübergenommen, und da nach selbem das Zuwachsrecht ein solches ist, auf das nicht Verzicht geleistet werden kann, so ist auch meine Behauptung dem Begriffe dieses Rechtes nicht entgegen. Ich bin vielmehr der Meinung, daß es dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches angemessener wäre, von dem Zuwachse überhaupt zu sprechen, als zu diesem Ausdrucke noch das Wörtchen „Recht" hinzuzufügen. — Indessen ist gerade das Erbrecht ein solches Recht, dem man, wenn man es einmahl angenommen hat, nicht mehr entsagen kann, und sich die Folgen desselben in vollem Maße gefallen lassen muß (§. 806).

2) Nur wenn der Auftrag so beschaffen ist, daß er bloß von dem unmittelbar beauftragten Erben kraft seiner persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse (nicht auch von dem Dritten, an dessen Stelle tretenden Erben) besorgt werden kann, z. B. daß er als Künstler eine Kunstarbeit verfertige, oder in seinem Grundstücke dem Nachbar eine Servitut einräume, kann auch der Wille des Erblassers nicht seyn, daß der Erbe mit dem Zuwachse die Last übernehme [2]). Was wäre aber Rechtens, wenn einer unter den Miterben, welche nach §. 607 zu Nacherben wechselseitig substituirt sind, oder einer der Miterben, dem allein, oder gemeinschaftlich mit den übrigen, das Zuwachsrecht gebühret, vermög seinen persönlichen Eigenschaften den Auftrag des Erblassers in Ausführung bringen kann? — Ich glaube, daß wenn der einzig substituirte Erbe diesen Auftrag zu erfüllen im Stande ist, er denselben auch in Erfüllung bringen müsse. — Denn gerade aus dem Umstande, daß er substituirt ist, — läßt

1) Nachdem ich der gegentheiligen Meinung bin, muß ich seine Ansicht als Irrthum erklären.

2) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

sich folgern, daß der Erblasser bey Anordnung dieser Substitution auf dieses Verhältniß Bedacht genommen habe. — Sind aber mehrere Erben substituirt, wovon einer oder mehrere den Auftrag in Erfüllung bringen könnten, die Anderen aber nicht, — so glaube ich, daß die Erfüllung dieses Auftrages wegfalle; denn unter mehreren substituirten Erben kann nicht einem und dem anderen allein diese Last aufgebürdet werden. — Der Erblasser hat eben dadurch, daß er mehrere als Nacherben berief, die nicht geeignet sind, diesen Auftrag zu erfüllen, angedeutet, daß ihm für den Substitutionsfall an der Erfüllung des Auftrages nichts mehr gelegen sey, und hier einzig nur auf die Persönlichkeit des eingesetzten Erben Rücksicht genommen habe.

§. 564.

Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen, er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen.

1) Die Freyheit des Erblassers, den Erben seines Nachlasses selbst zu ernennen, läßt sich nicht auch dahin erweitern, daß er dieses ihm nur für seine Person zustehende Recht auf einen Dritten übertragen könnte. — Die Gesetzgebung räumt dem Erblasser das Recht, den Erben selbst zu ernennen, lediglich zu dem Zwecke ein, damit er die Gefühle der Liebe, Anhänglichkeit und Dankbarkeit auch noch nach seinem Tode werkthätig zeigen könne; läßt es nun der Erblasser einem Dritten über, den Erben zu ernennen, so zeigt er eben, daß keine Person existire, welche er durch die Erbeseinsetzung besonders zu begünstigen Ursache habe, es ist also billig, daß hier diejenigen als Erben eintreten, die vom Gesetze selbst hierzu berufen sind.

2) Hat der Erblasser einem Dritten seine Willensmeinung, welche Person er zur Erbschaft berufen wolle, entdecket, — und beruft sich derselbe in seiner Willenserklärung darauf mit dem Beyfügen, daß dieser Dritte den Erben entdecken werde, — so hat er zwar die Ernennung des Erben nicht seiner Willkühr, wohl aber seinem Ausspruche anheim gestellt. In diesem Falle wird es darauf ankommen, ob rechtliche Gewißheit hergestellt

werden kann, daß derjenige, der den Ausspruch zu machen hat, auch richtig denjenigen als Erben benenne, der ihm von dem Erblasser als solcher bezeichnet worden ist. Von seinem Ausspruche allein kann dieses nicht abhängen. Würde man diesen Ausspruch allein als genügend ansehen, so würde immer derjenige zur Erbschaft gelangen, den dieser Dritte ernennet, wenn jener auch eine andere, als die von dem Erblasser selbst bezeichnete Person wäre. — Es wäre sohin immer der Willkühr des Dritten anheimgestellt, ob er die ihm von dem Erblasser benannte, oder eine andere Person zur Erbschaft berufen wolle. Non esse et non apparere est idem in jure. — Was gehört aber dazu, um diese rechtliche Gewißheit herzustellen? — Wäre es z. B. genug, wenn derjenige, welcher den Erben zu benennen hat, den Beweis durch einen unbedenklichen Zeugen und seinen Erfüllungseid anböthe, daß der Erblasser die von ihm ersteren benannte Person als den Erben seines Nachlasses bezeichnet habe? — Ich glaube diese Frage verneinend beantworten zu müssen, und meine, daß dieser Dritte den rechtlichen Beweis nur auf jene Art herstellen könne, wie ein letzter Wille überhaupt erwiesen werden muß. — Ich berufe mich zur Begründung meiner Meinung auf den §. 582, welcher anordnet, daß eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder Aufsatz nur dann von Wirkung sey, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willens-Erklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. — Was hier von Berufung auf einen schriftlichen Aufsatz vorgeschrieben ist, muß auch von der auf eine mündliche Willens-Aeußerung gelten.

3) Kann der Erblasser bey seiner Erbeseinsetzung sich auf ein fremdes Gesetz berufen? — Kann er z. B. anordnen, daß diejenigen seinen Nachlaß beerben sollen, welche nach den Vorschriften des römischen Rechtes ab intestato succediren würden? — Vor Beantwortung dieser Frage kann ich nicht umhin, eines von Herrn von Gönner in dem dritten Bande seines Archives für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums erwähnten, sich in Frankreich ereigneten Rechtsfalles, seiner Ansicht hierüber Erwähnung zu machen. — Bey Ein-

führung des Code-Napoleon wurden in Frankreich alle Ordonnanzen und Gewohnheitsrechte, wovon fast jede Provinz eigene hatte, abgeschafft. — Bereits nach Einführung dieses Civilgesetzbuches hatte eine Dame, welcher sehr wahrscheinlich die modernen, durch die Revolution in Frankreich sich ausgebildeten Grundsätze verhaßt geworden waren, und die ihr Vermögen wenigstens nach ihrem Tode noch einmahl nach den Grundsätzen vertheilt haben wollte, welche zu ihrer Zeit galten, folgende letztwillige Verfügung gemacht: „Ich ernenne als meine Universalerben jene Verwandte, welche, mit Rücksicht auf den Ursprung meiner Güter, nach der Regel der ins Unendliche wirkenden Repräsentation, vermöge des Gewohnheitsrechtes von Auvergne mich beerbt haben würden, und soll mein Vermögen nach diesen Regeln unter ihnen vertheilt werden." Französische Blätter hatten sich gegen die Gültigkeit des Testamentes ausgesprochen, welches ihnen eigends darauf berechnet zu seyn schien, alle Bestimmungen des neuen Civilgesetzbuches umzustürzen, und, diesen zum Trotz, eine alte und verworfene Successions- und Theilungsnorm geltend zu machen. — Herr von Gönner vertheidigte dagegen die Gültigkeit dieser letztwilligen Anordnung, und seine Gründe bestehen im Wesentlichen darin, daß durch dieselbe dem abgewürdigten Gewohnheitsrechte von Auvergne kein Ansehen über den Code-Napoleon beygelegt werde, indem die Erben ihr Successionsrecht aus dem Testamente der Erblasserinn, und nicht aus dem Gewohnheitsrechte von Auvergne ableiten, welches letztere dieses Recht keineswegs auf sie übertrage, sondern nur dazu diene, jene Personen zu erkennen, welche durch das Testament zur Succession berufen sind. Denke man, sagt er, um den Unterschied in einem anderen Beyspiele zu erblicken, ein Testament, worin der Testator die nächsten Verwandten einer z. B. der väterlichen Linie zu Erben einsetzt, ohne die Nahmen der nächsten Verwandten anzuführen; hier entnimmt man aus dem Stammbaume, welche Personen als nächste Verwandten dieser einen Linie zur Succession berufen sind, und sie erhalten die Erbschaft, ohne daß man einwenden könnte, der Code-Napoleon rufe die nächsten

Verwandten beyder Linien zur Succession. — Eben so verhalte es sich im gegenwärtigen Falle; das Successionsrecht der eingesetzten Erben fließe allemahl nur aus dem Testamente, und das Gewohnheitsrecht von Auvergne diene hier, wie der Stammbaum in dem anderen Beyspiele, nur als Mittel, worauf der Testator verwiesen hat, um die Personen zu bestimmen, welche nach seinem erklärten Willen zur Erbschaft berufen sind. Das Ansehen des Code-Napoleon bleibe als Gesetz unverrückt, wenn gleich die Privaten innerhalb der ihnen vom Gesetze zugestandenen freyen Disposition in einzelnen Fällen von seinen Bestimmungen abweichen; und es sey durchaus gleichgültig, ob der Wille eines Testators, so weit die Gesetze ihm Willkühr zugestehen, mit den Bestimmungen älterer Gesetze übereinstimmte, oder ob eine Disposition des Testators von allen älteren und neueren Gesetzen abweiche. Sey es doch das Wesen aller Testamente, daß man durch sie der gesetzlichen Erbfolgeordnung derogiren will. Dürften sie die gesetzliche Erbfolge nicht abändern, so müßten alle Testamente vernichtet werden. — Was die Gesetze nicht verbiethen, sey erlaubt und gültig. Kein Gesetz verbiethe einem Testator, die Intestat-Erbfolge durch ein Testament abzuändern, diejenigen als Erben zu benennen, an welche unter der Herrschaft eines älteren Gesetzes die Erbschaft gefallen wäre, oder unter ihnen auf gleiche Weise die Theilungsart zu reguliren; das Testament sey also gültig.

Eben die hier angeführten Gründe können auch für die bejahende Beantwortung der im Eingange dieses Absatzes gestellten Frage angeführet werden; dessenungeachtet glaube ich selbe verneinend beantworten zu müssen. — Die Absicht des Erblassers geht im vorliegenden Falle zwar nicht dahin, daß eine andere, als die gegenwärtig gesetzliche Successionsordnung eingeführt werden solle, was auch ein wahrer Unsinn wäre, indem er über das Vermögen Anderer keine Dispositionen machen kann; aber sie zielt doch immer darauf hin, daß, in Hinsicht seines eigenen Vermögens, die Succession nach dem abgeschafften Gesetze vor sich gehen soll. — Das Gesetz gestattet zwar dem

Erblasser aus Vorliebe für bestimmte einzelne Personen oder für eine bestimmte Gattung derselben, z. B. für die von väterlicher Seite herstammenden Verwandten, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen, — aber es kann nicht zugeben, daß der Erblasser aus bloßer Vorliebe für das fremde Gesetz von der festgesetzten Erbfolgeordnung abgehe. — Es kann daher aus eben diesem Grunde keinem Anstande unterliegen, daß der Erblasser ausdrücklich und nahmentlich jene Personen zu Erben ernenne, welche z. B. nach römischer Successions-Ordnung ihn beerben würden. Denn in diesem Falle ist es die Persönlichkeit des berufenen Erben, welcher der Erblasser vor der Person des vom Gesetze zum Erben bestimmten den Vorzug schenken will; im Falle der gestellten Frage kömmt aber die Persönlichkeit des Erben in keine Erwägung, sondern nur das Gesetz, dessen Verfügung er seine Nachfolge in das Vermögen des Erblassers zu danken haben soll. — Wenn man annimmt, welcher Meinung auch ich allerdings beypflichte, daß die Worte des gegenwärtigen §. vorliegenden Fall nicht in sich begreifen, weil unter dem Ausdrucke: „dem Ausspruche eines Dritten" nur der Ausspruch einer Person, nicht der eines Gesetzes verstanden seyn kann, so scheint doch wenigstens der Nr. 1. angeführte Grund auch auf vorliegenden Fall Anwendung zu haben. — Nun sagt der §. 7, daß wenn sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden läßt, auf ähnliche in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden müsse. Aehnlich und verwandt mit dem Falle der Frage, ist aber ohne Zweifel derjenige, den der gegenwärtige §. entscheidet. Einen weiteren in anderer Beziehung mit dem gegenwärtigen verwandten Fall entscheidet der §. 36. — Setzen wir z. B. den Fall, daß zwey Oesterreicher einen Kaufcontract schließen, und dabey ausdrücklich bedingen, daß bey Beurtheilung der aus diesem Contracte für beyde Theile hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten das römische Recht zur Richtschnur dienen solle; so würde dieser Beysatz nach dem ausdrücklichen Inhalte dieses §. 36 als ungültig angesehen werden müssen, — obschon

es auch hier den contrahirenden Theilen nicht benommen ist, die Vorschriften des fremden Gesetzes, in so fern sie nur den declatorischen österreichischen Gesetzen entgegen stehen, ausdrücklich den Contracts-Bedingungen einzuweben.

4) Die Vorschrift, daß der Erblasser die Ernennung des Erben keinem Dritten überlassen könne, hindert aber, wie von Zeiller bemerkte, nicht, daß der Erblasser eine zur Zeit noch unbestimmte Person ernenne (z. B. jene, die eine gestellte Preisfrage auflösen wird), oder den Erben unter einer, von der Willkühr einer dritten Person abhängigen Bedingung einsetze (§. 699). Diese Fälle sind mit dem vorliegenden in keine Parallele zu ziehen, weil hier nicht nachgewiesen werden kann, daß eine solche Verfügung anderen, über ähnliche Fälle erlassenen Anordnungen entgegen stünde. — Wenn aber der Wille des Erblassers nichts Gesetzwidriges enthält, ist derselbe zu befolgen [1]).

§. 565.

Die Erklärung muß überlegt, bestimmt und frey seyn.

Der Wille des Erblassers muß bestimmt, nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages; er muß im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frey von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume erklärt werden.

1) Der gegenwärtige §. redet nicht bloß von der Erbeseinsetzung, sondern von jeder Erklärung des letzten Willens überhaupt, und ist also, wie bereits im Zeiller'schen Commentare bemerkt ist, auch auf Substitutionen, Enterbungen, Vermächtnisse und die Aufhebung des letzten Willens anzuwenden (§§. 604, 718, 767). Wer also die an ihn gestellte Frage: ob er diese oder jene Person zum Erben einsetzen, oder derselben ein bestimmtes Vermächtniß zukommen lassen wolle, lediglich bejahet, — hat dadurch noch keine gültige letztwillige Anordnung gemacht. Auch

1) Allerhöchste Entschließung vom 11., Hofkanzley-Decret vom 16. November 1826; P. G. S., 54 B., S. 128.

derjenige macht sie nicht, welcher im Scherze, ohne Ueberlegung sich gegen Jemanden äußert: du sollst mein Erbe seyn, — du sollst nach meinem Tode meine Prätiosen haben u. s. w. [1]).

2) Der §. führt hier im Allgemeinen an, welche innere Eigenschaften eine letzte Willens-Erklärung haben müsse, damit sie als gültig angesehen werden könne, und besonders beschreibt er im Allgemeinen den Zustand, in dem sich der Erblasser zur Zeit der letztwilligen Anordnung befinden müsse. — Ueber den Zustand der Besonnenheit folgen in den nachfolgenden §§. die näheren Bestimmungen. Der Wille des Erblassers muß mit Ueberlegung und Ernst erklärt werden. — Dieser Zustand kann wohl in dem Falle mit Beruhigung angenommen werden, wenn er die letztwillige Anordnung eigenhändig schreibt und unterschreibt; oder wenn er die Zeugen seines Willens ausdrücklich zu diesem Zwecke zusammenruft. Behuthsamer muß bey Beurtheilung, ob der Wille des Erblassers wohl überlegt und ernstlich war, zu Werke gegangen werden, wenn die Zeugen bey Erklärung des letzten Willens zufällig zugegen gewesen, und vielleicht von dem Erblasser gar nicht ersucht worden sind, daß sie Zeugenschaft leisten sollen. — Daß hier selbst der Inhalt des Testamentes von Bedeutung sey, kann keinem Zweifel unterliegen; denn ist derselbe an und für sich vernünftig, so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß der Erblasser seinen letzten Willen nicht mit Ernst und Ueberlegung eröffnet habe. —

3) Der Wille des Erblassers muß sich auf seine freye Entschließung gründen. — Zwang, Betrug und Irrthum schließen aber die freye Willkühr aus. — Zwang setzt die Androhung eines Uebels voraus, welches der Erblasser zu befürchten gehabt hätte, wenn er eine andere letzte Willens-Erklärung gemacht hätte, und muß daher von bloßen Zudringlichkeiten, denen der Erblasser ausweichen konnte, unterschieden werden. — Die Furcht muß aber gegründet, und das angedrohte Uebel ein solches seyn, zu dessen Zufügung man nicht berechtiget ist. Denn es scheint offenbar, daß der Ausdruck „Zwang" im gegenwärtigen §. in

1) Siehe Gesetzb. für Westgalizien, II. Th., §. 559.

keinem anderen Sinne zu nehmen ist, als er im §. 542 angewendet wird, wo doch offenbar ist, daß hier nur von einem ungerechten Zwange die Rede seyn könne. — Auch ist nicht abzusehen, warum die durch gerechte Furcht erwirkte letzte Willens-Erklärung ungültig seyn solle, während die durch einen solchen Act erzwungene Willens-Erklärung bey einem Vertrage gültig ist (§. 870). Von Irrthum und Betrug wird §. 570 gesprochen werden. — Ein Tauber, ein Stummer, oder selbst ein Taubstummer, vorausgesetzt, daß er sich den gehörigen Begriff von einem letzten Willen zu machen, und diesen Willen hinlänglich zu erklären fähig sey, kann allerdings eine gültige letzte Anordnung errichten (§. 275). Um so minder schließen andere körperliche Gebrechen, welche auf eine letzte Willens-Erklärung gar keinen Einfluß haben, von der Testirungs-Fähigkeit aus [1]).

4) Da überhaupt derjenige, welcher ein Factum anführet, dasselbe auch zu erweisen hat, so müssen auch alle jene Thatsachen, aus welcher die Testaments-Unfähigkeit resultiret, von demjenigen erwiesen werden, der selbe zu seinen Gunsten geltend machen will. — In welchen Fällen das Vorhandenseyn eines solchen Umstandes angenommen werden muß, wird unten (§§. 566 u. 567) vorkommen.

§. 566.

Ursachen der Unfähigkeit, zu testiren. 1) Mangel der Besonnenheit.

Wird bewiesen, daß die Erklärung im Zustande der Raserey, des Wahnsinnes, Blödsinnes oder der Trunkenheit geschehen sey, so ist sie ungültig.

§. 567.

Wenn behauptet wird, daß der Erblasser, welcher den Gebrauch des Verstandes verloren hatte, zur Zeit der letzten Anordnung bey voller Besonnenheit gewesen sey; so muß die Behauptung durch Kunstverständige, oder durch obrigkeitliche

1) Siehe Zeiller §§. 565 und 566, Nr. 5.

Personen, die den Gemüthszustand des Erblassers genau erforschten, oder durch andere zuverlässige Beweise, außer Zweifel gesetzt werden.

1) Dem Zustande der vollen Besonnenheit ist besonders entgegen, wenn sich der Erblasser in dem der Raserey, des Wahnsinnes oder Blödsinnes befindet. — In Ansehung des Beweises dieser Unfähigkeits-Ursache muß man aber unterscheiden, ob der Erblasser wegen dieser Geistes-Gebrechen unter Curatel gesetzt war oder nicht. Im ersteren Falle ist es genug, wenn der Umstand, daß der Erblasser wegen diesen Verhältnissen unter Curatel sich befand, ausgewiesen wird, und es darf in diesem Falle nicht besonders dargethan werden, daß er auch zur Zeit, als er die letzte Willens-Erklärung errichtete, des Vernunft-Gebrauches beraubt war, gesetzt auch, es wäre bekannt, daß der Erblasser viele helle Zwischenräume gehabt habe. — Vielmehr liegt demjenigen, der das Testament oder Codicill aufrecht erhalten will, ob, darzuthun, daß der Erblasser zur Zeit der Testaments-Errichtung bey voller Besonnenheit gewesen sey. — War aber die Curatel über ihn nicht verhängt, so muß entweder bewiesen werden, daß der Erblasser den Gebrauch der Vernunft überhaupt verloren habe, oder im Falle der Erblasser nur zeitweise dieses Gebrauches beraubt gewesen wäre, müßte besonders nachgewiesen werden, daß die Errichtung der letzten Anordnung gerade in eine solche Zeitperiode falle. — Wird aber bewiesen, daß der Erblasser den Gebrauch der Vernunft überhaupt verloren habe, so muß wieder derjenige, der das Testament aufrecht erhalten will, darthun, daß der Erblasser später entweder den Gebrauch der Vernunft überhaupt erlangt habe, oder daß er wenigstens zur Zeit der Testaments-Errichtung derselben vollkommen mächtig gewesen sey. —

2) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß man in der Berathschlagung über diesen Gegenstand sehr geneigt war, keinen anderen Beweis zuzulassen, als die Zeugnisse von Kunstverständigen oder gerichtlichen Personen, welche den Zustand des Erblassers genau beobachten, und durch Ein-

mengung schicklicher Fragen von dem Umstande, daß er zusammenhängend rede, daß er einer Ueberlegung fähig sey, und wohl wisse, was er rede, sich versichern, und das Erhobene in ein Protocoll aufnehmen würden, wie es z. B. bey den Testamenten der Minderjährigen, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, vorgeschrieben ist; daß man es indessen doch hart gefunden habe, einem wirklich fähigen Erblasser bey einer Gefahr am Verzuge die Willens-Erklärung zu benehmen. — Man fand sich daher aus diesem Grunde bewogen, auch andere zuverlässige Beweise zuzulassen. — Die Beurtheilung der Zuverlässigkeit dieser Beweise hängt von dem richterlichen Ermessen ab. — Es muß da ohne Zweifel der Inhalt der Erklärung selbst berücksichtiget werden, ob er nicht Spuren von Geistesverwirrung enthalte; es müssen die persönlichen Eigenschaften der Personen, die als Zeugen des letzten Willens erscheinen, geprüft werden, ob man ihnen nähmlich auch die Fähigkeit und Unbefangenheit in der Beurtheilung zutrauen könne; es muß das Benehmen des Erblassers kurz vor — und nach Erklärung des letzten Willens vor Augen gehalten werden u. s. w.

3) Aus diesen Bemerkungen ergibt sich nun aber auch, daß derjenige, welcher wegen obigen Geistesgebrechen unter Curatel gesetzt worden ist, und sich geneigt und fähig fühlt, eine letzte Anordnung zu machen, nicht vernachlässigen soll, seinen letzten Willen mündlich vor Gericht zu erklären, und daß das Gericht in diesem Falle sich ganz nach den im §. 569 ertheilten Vorschriften zu benehmen habe.

4) Eine weitere Frage, die hier zur Sprache gebracht werden muß, ist die: wie auf was Weise nach dem Tode des Erblassers (nähmlich in Bezug auf die Form der Beweisführung) der Beweis hergestellt werden müsse, daß der Erblasser zur Zeit der letzten Anordnung des Gebrauches der Vernunft beraubt gewesen sey, oder daß er diesen Gebrauch gehabt habe? Die Untersuchung durch Sachverständige in der Art, daß sie sich durch unmittelbare Wahrnehmung jener Merkmahle, aus denen selbe vermög ihren Kunstkenntnissen auf den Geistes-Zustand eines Menschen zu schließen pflegen, zu überzeugen suchen, stellt sich im vorliegenden

Falle, der den Tod des Erblassers voraussetzt, offenbar als unanwendbar dar. — Es erübrigt daher dem Beweisführer nichts anders, als mit Berathung eines verständigen Arztes die Beweise aller jener Umstände zu sammeln, welche darauf hindeuten, daß der Erblasser des Vernunft-Gebrauches nicht mächtig gewesen sey, und, in so fern dieselben nur durch Zeugen erwiesen werden können, mit Beylegung der diese Umstände enthaltenden Weis-Artikel den Zeugenbeweis zu führen, zugleich aber auch den Beweis durch Kunstverständige anzutragen, daß aus diesen Umständen geschlossen werden müsse, der Erblasser sey des Gebrauches der Vernunft nicht mächtig gewesen. — In diesem Falle würde es nun am zweckmäßigsten seyn, um die Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse zu bitten, dann die bereits erhobenen Zeugen-Aussagen der Klage beyzulegen, und in selber dann den Beweis durch Sachverständige anzubiethen. Auf eine ähnliche Art wäre sich zu benehmen, wenn behauptet wird, daß der Erblasser, welcher den Gebrauch des Verstandes verloren hatte, zur Zeit der letzten Anordnung bey voller Besonnenheit gewesen sey.

§. 568.

2) Prodigalitäts-Erklärung; in wie fern.

Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.

1) Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung ist aus Zeillers Commentar zu entnehmen, und besteht darin, daß man besorgte, ein solcher Mensch könnte bey voller Testirungs-Fähigkeit zur Begünstigung derer, die seinem Leichtsinne oder seinen ausschweifenden Begierden fröhnten, gegen seine Angehörigen ungerecht, oder doch sehr unbillig handeln; und zwar um so mehr, als sie durch ihr, obschon gutgemeintes Ansuchen um die Prodigalitäts-Erklärung sich wahrscheinlich seine Abneigung zugezogen haben. —

2) Indessen wird die Testirungs-Fähigkeit des gerichtlich erklärten Verschwenders nur beschränkt, und demselben nicht gänzlich entzogen. Es steht ihm daher frey über die Hälfte des Vermögens zu verfügen, und er kann sohin diejenigen, welche sich wirklich um ihn verdient gemacht haben, belohnen. — Die andere Hälfte muß aber den gesetzlichen Erben vorbehalten bleiben. — Hätte also ein solcher Verschwender einen Erben auch ausdrücklich in dem ganzen Vermögen eingesetzt, so könnte dieser, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller bemerkt hat, doch nur auf die Hälfte Anspruch machen, und hätte von dieser Hälfte auch alle testamentarische Lasten zu tragen.

3) Obschon der Gesetzgeber hier den Fall vor Augen hat, daß der Verschwender einen Fremden zum Erben einsetze, — so geht doch seine Absicht offenbar auch dahin, daß derselbe auch in dem Falle, als er wirklich diejenigen zu Erben einsetzet, welche vermög dem Gesetze zur Erbschaft berufen sind, keine solche Vertheilung unter ihnen zu treffen befugt sey, wodurch einer oder der andere weniger als die Hälfte seines Intestat-Erbtheiles erhalten sollte; und macht er dessenungeachtet eine solche letztwillige Anordnung, so ist jeder aus denselben befugt, die Ergänzung dieses ihm gebührenden Antheiles zu fordern.

§. 569.

3) Unreifes Alter.

Unmündige sind zu testiren unfähig. Minderjährige, die das achzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht testiren. — Das Gericht muß durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frey und mit Ueberlegung geschehe. Die Erklärung muß in ein Protocoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beygerückt werden. Nach zurückgelegtem

achtzehnten Jahre kann ohne weitere Einschränkung ein letzter Wille erkläret werden.

1) Auch das unreife Alter schließt eine reife Beurtheilung der Würdigkeit desjenigen, der in der letzten Willens-Anordnung bedacht werden soll, aus. — Unmündige werden von dem Gesetze überhaupt unfähig gehalten, einen Willen zu äußern, der als Product ihrer Vernunftthätigkeit anzusehen wäre; sie werden daher ausnahmslos unfähig erklärt, einen letzten Willen zu errichten.

2) Mündigen, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, wird von dem Gesetze allerdings schon die Fähigkeit zugetraut, eine solche Willens-Aeußerung abzugeben, welche kein bloßes Product des durch die Sinnlichkeit bestochenen Willens, sondern schon das Resultat einer vernünftigen Ueberlegung und Besonnenheit ist. — Allein immer waltet bey diesen Personen, die die Jahre der Unmündigkeit erst kürzlich überschritten haben, das gegründete Bedenken ob, ob sie auch in moralischer Hinsicht als mündig anzusehen seyen? — In Berücksichtigung dieses bey einem solchen Minderjährigen eintretenden Verhältnisses wollte ihm nun auf einer Seite das Gesetz nicht die Möglichkeit benehmen, eine gültige letztwillige Anordnung zu errichten, auf der anderen Seite aber für die Art und Weise eines von ihnen zu errichtenden Testamentes solche Vorsichts-Maßregeln anordnen, durch welche sich von der Testirungs-Fähigkeit eines solchen Menschen überzeugt werden sollte.

3) In Folge dessen ist solchen mündigen Personen, welche das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, nur gestattet, vor Gericht eine mündliche letzte Anordnung zu errichten. — Eine außergerichtlich errichtete letztwillige Anordnung, oder eine auch vor Gericht übergebene schriftliche Anordnung wäre sohin für keinen Fall gültig, und der allenfalls von den eingesetzten Erben über die intellectuelle Fähigkeit des Erblassers, einen vernunftgemäßen letzten Willen erklären zu können, angebothene Beweis ganz unzulässig. —

4) Der Mündige dieser Gattung, der sohin eine letztwillige Anordnung machen will, wendet sich zu dem Ende an sein or-

dentliches (erstes) Gericht, dem er für seine Person unterliegt, und dem ordentlicher Weise die Verhältnisse am besten bekannt seyn können. Wenigstens begeht er dadurch, daß er sich an sein ordentliches Gericht wendet, gewiß keinen Mißgriff. Eine andere Frage ist, ob ein anderes Gericht befugt sey, denselben mit seinem Ansuchen um Aufnahme seiner mündlichen Erklärung hintanzuweisen, und ob die von einem andern als dem ordentlichen Gerichte aufgenommene letzte Willens-Erklärung dadurch allein schon ungültig sey, daß sie nicht vor dem ordentlichen Gerichtsstande desselben geschehen ist. — Beyde Fragen glaube ich bejahend beantworten zu müssen. — Denn der gegenwärtige §. bedient sich des Ausdruckes: „vor Gericht," er hat somit ein bestimmtes Gericht vor Augen, welches bestimmte Gericht aber offenbar kein anderes, als dasjenige seyn kann, welches die Personalgerichtsbarkeit über den Minderjährigen ausübet. Diese Behauptung findet auch in dem §. 587 ihre Bestätigung, in welchem sich des Ausdruckes bedient wird, „der Erblasser könne auch vor einem Gerichte mündlich oder schriftlich testiren." — Hätte der höchste Gesetzgeber es zulässig befunden, daß der Minderjährige vor was immer für einem Gerichte die Erklärung seines letzten Willens abgeben könne, so würde er sich im gegenwärtigen §. auch eines ähnlichen Ausdruckes bedient haben. Wenn man überdieß erwägt, daß, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentar bemerkt hat, vor diesem Gesetze ein solcher Mündiger der Regel nach zu testiren ganz unfähig war, und in den einzelnen Fällen erst eine Dispensation von dieser Testirungs-Unfähigkeit von dem obersten Gerichtshofe erwirkt werden mußte, so ist es wohl sehr begreiflich, daß das gegenwärtige Gesetz das Befugniß, einen letzten Willen vor Gericht zu errichten, nur auf den ordentlichen Gerichtsstand des Testirers beschränket, indem nur demselben ordentlicher Weise die Verhältnisse am besten bekannt seyn können, und eben dasselbe aus seiner Stellung gegen den Mündigen besondere Verbindlichkeiten hat, dafür zu sorgen, daß er durch eine unvernünftige letzte Willens-Erklärung nicht die moralischen Verbindlichkeiten hintansetze, die er gegen die eine oder andere Person zu erfüllen hat. — Herr Hofrath von Zeiller

scheint selbst in seinem Commentare diese Behauptung der Regel nach als richtig anzunehmen, und nur in außerordentlichen Fällen einer Ausnahme Platz zu geben. — Allein er hat sich nicht näher darüber erklärt, welche Fälle er unter die außerordentlichen rechne. — Mir wenigstens scheint es, daß man hier den Ausdruck „vor Gericht" entweder so erklären müsse, als ob es heiße, vor einem Gerichte überhaupt, oder daß man diesen Ausdruck auf die Personal-Gerichtsbarkeit des Testirers zu beschränken habe. — Im letzten von mir angenommenen Falle kann man keine Ausnahme zulassen, da das Gesetz ohne alle Beschränkung anordnet, daß ein solcher Minderjähriger nur mündlich vor Gericht testiren könne; im ersten Falle aber kann man das Befugniß des Minderjährigen vor einem Gerichte zu testiren, auch nicht für die ordentlichen Fälle auf seine Personalbehörde beschränken. —

5) Erscheint nun der Minderjährige vor Gericht mit der Aeußerung, daß es Willens sey, eine letzte Willens-Erklärung zu machen, so muß es allerdings, wie in dem Zeiller'schen Commentare bemerkt ist, darauf aufmerksam seyn, ob er wohl ein angemessenes, freyvererbliches (§. 609) Vermögen besitze, und ob er noch der Unmündigkeit oder dem achtzehnten Jahre seines Alters näher sey. Entstünde selbst ein Zweifel, ob wohl derselbe die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht habe, so könnte das Gericht ihn vorerst anweisen, den Taufschein beyzubringen. — Besäße derselbe kein freyvererbliches Vermögen, so hätte ihn das Gericht zu belehren, daß er keinen Gegenstand besitze, worüber er verfügen könnte, — und ein ähnliches hätte in dem Falle zu geschehen, wenn es bemerkte, daß offenbarer Leichtsinn denselben zur Errichtung seines letzten Willens verleitete. — Daß aber das Gericht berechtiget sey, dem Minderjährigen in einem solchen Falle, wenn auch keine Gefahr am Verzuge obzuwalten scheinet, zurückzuweisen, — kann ich nicht zugeben. Der gegenwärtige §. räumt dem Gerichte diese Befugniß offenbar nicht ein, er verordnet nur, daß sich das Gericht zu überzeugen suchen müsse, daß die Erklärung des letzten Willens frey und mit Ueberlegung geschehe. — Läßt nun der

Minderjährige sich durch angemessene Vorstellungen nicht bewegen, von seinem Vorhaben freywillig zurückzutreten, so ist dieses eben ein Beweis, daß die Erklärung mit Ueberlegung geschehe, und das Gericht kann dann nur seine Bemerkungen dem Protocolle beyrücken. —

Herr Hofrath von Zeiller gibt übrigens selbst zu, daß dem Minderjährigen gegen die Zurückweisung der Recurs offen bleibe. — Wird nun wirklich der Recurs ergriffen, und werden von dem unteren Gerichte die Amtserinnerungen durch das Obergericht abgefordert, so muß ersteres in der Lage seyn, sein Benehmen zu rechtfertigen, und sohin urkundlich zu erweisen, daß der erklärte letzte Wille lediglich noch in dem jugendlichen Leichtsinne des Beschwerdeführers sich gründete. — Hat nun das untere Gericht über das Begehren des Recurrenten, und den Inhalt seiner freywilligen Verfügung kein Protocoll aufgenommen, so wird es auch nicht im Stande seyn, dem Obergerichte den Beweis eines gesetzmäßigen Benehmens zu liefern. Aus diesem folgt, daß selbst in dem Falle, als die Behauptung des Herrn Hofrathes von Zeiller richtig wäre, das untere Gericht nie vernachlässigen könnte, den von dem Minderjährigen erklärten letzten Willen in ein Protocoll aufzunehmen, und dasselbe mit den zu seiner Beweiskraft nöthigen Förmlichkeiten zu versehen. — Wird aber von dem unteren Gerichte die vorgebrachte letzte Willens-Erklärung zu Protokoll genommen, so ist ohnehin das geschehen, was der Testirer verlangte, — und es fällt jeder Grund einer Beschwerde weg. — Das Gericht mag dann diesem Protocolle die ihm nöthig scheinenden, auf die Gültigkeit dieser letzten Willens-Erklärung Einfluß habenden Bemerkungen beyrücken; es ist in dem Gesetze nicht vorgeschrieben, daß selbe dem Minderjährigen eröffnet werden müssen. — Ob die von dem Erblasser zu Protocoll gegebene Erklärung seines letzten Willens unter diesen Umständen gültig sey oder nicht, wird später, nach des Erblassers Tode im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden müssen; das Gericht scheint aber nicht berechtiget, diesen letzten Willen schon gleichsam brevi manu vor der Hand als ungültig zu erklären. —

6) Indessen ist kein Zweifel, daß das Gericht dem Minderjährigen bey jenem Puncte, in welchem seine Verfügung gegen bestehende Gesetze verstoßen würde, hierauf aufmerksam zu machen, und gehörig zu belehren, auch ihm seine moralischen Verpflichtungen zu Gemüthe zu führen habe. — Auch soll das Gericht auf schickliche Art erforschen, ob die Anordnung nicht vielmehr aus jugendlicher Hitze, aus fremder Einsprechung, als aus eigener Ueberzeugung herrühre. Das Erhobene ist im Protocoll aufzunehmen, und ist bey Aufnahme des Protocolls zugleich all dasjenige zu beobachten, was über mündliche gerichtliche Testamente oder Codicille vorgeschrieben ist (§. 588).

7) Ein Minderjähriger, der das achtzehnte Jahr zurückgelegt hat, kann, gleich einem Volljährigen, in jeder beliebigen rechtlichen Form testiren. — Was hier von Minderjährigen und Mündigen gesagt wird, gilt ohne Unterschied, ob sie noch unter der väterlichen Gewalt oder unter der Vormundschaft stehen. — Die Beyziehung der Vertreter derselben ist bey letzten Willens-Erklärungen nicht nothwendig; ja, wegen des besorglichen Einflusses auf die Freyheit des Willens nicht einmahl räthlich. Hohes Alter, wenn nicht bewiesen wird, daß es mit Blödsinn verbunden sey, hindert die Testirungs-Fähigkeit nicht [1]).

§. 570.

4) Wesentlicher Irrthum.

Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungültig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlet hat.

1) Daß der wesentliche Irrthum die letzte Anordnung ungültig mache, wurde bereits schon im §. 565 erklärt. — Hier folgt die Bestimmung, wann der Irrthum als ein wesentlicher anzusehen sey. Der wesentliche Irrthum kann sich theils auf das Subject, theils auf das Object beziehen. In

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 4.

ersterer Beziehung ist ein solcher vorhanden, wenn er die Person, die er bedenken wollte, verfehlet hat. Als Beyspiel eines solchen Irrthums wurde bereits in dem Commentare des Herrn Hofraths von Zeiller der aus dem römischen Rechte bekannte Fall aufgeführt, wo Jemand ein ihm unterschobenes Kind, das er für sein eigenes hielt, zum Erben eingesetzt hatte. — Ein Irrthum in den Eigenschaften der Person, sey es auch, daß sie ausdrücklich festgesetzt worden sind, macht sohin die Anordnung nicht ungültig, wenn nicht ein solcher Irrthum, wie bereits bey Erläuterung des §. 57 bemerkt worden ist, in einen Irrthum in der Person selbst übergeht, oder diese Eigenschaft als Beweggrund beygerückt worden ist, in welchem Falle die Anordnung nach §. 572 zu beurtheilen ist. Ob der Erblasser diesen Irrthum durch mehrere Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, oder nicht, darauf kommt es nicht an. — Eben so wenig wird durch einen Irrthum in solchen Eigenschaften der Person, welche gewöhnlich vorausgesetzt werden, z. B. daß der Erbe des Gebrauches seiner Vernunft vollkommen mächtig sey, die letzte Willens-Erklärung entkräftet.

2) In objectiver Beziehung ist ein wesentlicher Irrthum vorhanden, wenn der Erblasser den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlt hat, z. B. wenn er eine bestimmte Sache aus Untreue seines Gedächtnisses als seine eigene vermachte, die er doch vor dem schon verloren oder veräußert hatte. —

§. 571.

Zeigt sich, daß die bedachte Person oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt oder beschrieben worden, so ist die Verfügung gültig.

1) Schon im §. 558 hat der Gesetzgeber den Grundsatz aufgestellt, daß in allen Fällen, wo sich der Erblasser bloß verrechnet hat, die Theilung auf eine Art vorzunehmen sey, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllet wird. — Die Anordnung des gegenwärtigen §. steht mit jener in vollkommener Harmonie. — Im vorliegenden Falle ist ein wirklicher und

erkennbarer Wille des Erblassers vorhanden; er muß sohin auch in Erfüllung gebracht werden. — Ein solcher Fall wäre vorhanden, wenn der Erblasser einer, aus den übrigen Umständen deutlich erkannten, Person einen falschen Vornahmen oder Charakter beygelegt, oder wenn er Jemanden seine goldene Dose vermacht hätte, die zwar nur vergoldet ist, aber von ihm für eine goldene gehalten ward, und so bezeichnet zu werden pflegte.

2) Würde der Erblasser die Person des Erben oder Legatars auf eine solche Art bezeichnet haben, daß es daraus gewiß wird, derselbe habe zwischen zweyen oder mehreren Personen Eine bezeichnen wollen, ohne daß aus dem Inhalte seiner Disposition oder aus den Umständen hervorleuchtete, welche aus diesen Personen er eigentlich gemeint habe, — so glaube ich, daß die Erbschaft oder das Legat allen diesen Personen zufiele. Denn auf diese Art wird doch der Wille des Erblassers auf die bestmöglichste Weise aufrecht erhalten; indem dadurch die von ihm vermeinte Person wenigstens einen Antheil von dem erhält, was ihr zugedacht worden ist. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der Erblasser verordnen würde, mein Neffe Carl N. soll mein Haus bekommen. Nun habe er aber drey Neffen gleichen Zunahmens, aber keinen einzigen mit dem Vornahmen Carl. Es ist nun gewiß, daß er einem aus diesen dreyen das Haus vermeinte; aber es ist ungewiß, welchem. Wollte man aus bloßen schwankenden Vermuthungs-Gründen nur Einem aus diesen dreyen das Haus zuerkennen, so könnte es gerade geschehen, daß dadurch der eigentlich Bedachte durchfiele; welches um so mehr dann der Fall wäre, wenn man diese Disposition als ganz unwirksam erklären wollte. — Vertheilt man aber das Haus unter alle drey, so bekömmt doch der eigentlich von ihm Bedachte wenigstens den dritten Theil; was doch immer einer Verfügung vorzuziehen ist, durch die er ganz ausgeschlossen seyn kann. —

3) Hat der Erblasser die vermachte Sache auf eine solche Art bezeichnet, daß diese Bezeichnung auf mehrere Verlaß-Gegenstände passet, so stehet, nach der Analogie des §. 656, dem Erben frey, welche aus diesen Sachen, worauf die Beziehung passet, er dem Legatar überlassen wolle. — Würde der Legatar

sich weigern, die ihm von dem Erben zugewiesene Sache als die ihm legirte anzunehmen; so müßte er den Beweis führen, daß ihm der Erblasser eine andere zugedacht habe, was im Falle der Voraussetzung nicht geschehen kann. Dieser Fall würde z. B. eintreten, wenn der Erblasser verordnete: dem A vermache ich meine goldene Dose. Nun befänden sich aber zwey goldene Dosen in seinem Nachlasse.

4) Oefters ereignet es sich, daß, wenn die vermachte Summe mit Ziffern und nicht mit Buchstaben ausgedrückt wird, die Ziffer so undeutlich gemacht wird, daß man nicht entnehmen kann, welche Ziffer gemeint sey. Ich erinnere mich eines Falles, wo der Zweifel entstand, ob die Summe 100 fl. oder 700 fl. heiße; indem die erste Ziffer sowohl mit dem Einer als dem Siebener Aehnlichkeit hatte. Was ist nun in einem solchen Falle Rechtens? — Ich glaube, daß es darauf ankomme, wer bey einem sich dießfalls ergebenden Streite als Kläger aufzutreten hat. Ist diese Verpflichtung auf Seite des Legatars, so muß er sich mit der geringeren Summe begnügen; denn wollte er sich damit nicht zufrieden stellen, so müßte er darthun, daß die Ziffer einen höheren Betrag ausdrücke; was er aber wegen ihrer Undeutlichkeit zu thun außer Stande ist. — Hätte hingegen z. B. der Erbe oder der Verlaßcurator dem Legatar die höhere Summe bereits ausbezahlt, und wollte dann den Mehrbetrag, unter dem Vorgeben eines Versloßes, wieder zurückfordern, so würde dem Erben der Beweis obliegen, daß die Ziffer nur den niederen Betrag ausdrücke; was er nach dem Falle der Voraussetzung gleichfalls zu thun außer Stande ist.

§. 572.

Auch wenn der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung gültig; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe.

1) Die im Eingang des gegenwärtigen §. gemachte Anordnung gründet sich darauf, daß der Erblasser oft um dem Neide

oder einem hämischen Verdachte der Verwandten zu begegnen, wissentlich einen falschen Beweggrund beysetze; und daß, wenn der Beweggrund auch wirklich von dem Erblasser im Ernste gemeint ist, man doch auch in der Regel nicht wisse, ob der beygesetzte der einzige oder entscheidende war.

2) Fällt aber dieser Grund weg, und läßt es sich erweisen, daß das Motiv, das der Erblasser seiner Disposition beysetzte, kein bloß vorgegebenes, sondern die wahre Ursache gewesen sey, die ihn zu dieser Disposition verleitete, — und daß nebst derselben keine anderen auf ihn einwirkten, um ihn zu dieser letztwilligen Disposition zu bestimmen: dann macht der Irrthum, in dem er befangen war, allerdings die letztwillige Anordnung ungültig; denn man kann in diesem Falle mit Verläßlichkeit behaupten, daß der Erblasser, wenn ihm das wahre Verhältniß bekannt gewesen wäre, diese Disposition nicht gemacht haben würde. — Ob in einem bestimmten Falle der Beweis hergestellt sey, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf dem irrigen Beweggrunde beruhet habe, muß dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellt bleiben.

§. 573.

5) Ordensgeistliche.

Ordenspersonen sind in der Regel nicht befugt zu testiren; allein, wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können, erlangt hat; wenn Ordenspersonen die Auflösung von den Gelübden erhalten haben; wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind; oder wenn sie in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, daß sie vermög den politischen Verordnungen nicht mehr als Angehörige des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigenthum erwerben können: so ist es ihnen erlaubt, durch Erklärung des letzten Willens darüber zu verfügen.

1) Ordenspersonen geloben bey ihrer Aufnahme in den Orden, daß sie ohne Eigenthum leben wollen. — In Folge dieses Gelübdes sind sie daher auch nach weltlichen Gesetzen von Erwerbung des Eigenthumes, — und sohin auch von allen letztwilligen Anordnungen, welche ein eigenes Vermögen voraussetzen, der Regel nach ausgeschlossen. Diese mit ihren geistlichen Gelübden verbundene weltliche Folge, kann aber theils durch besondere Begünstigung behoben werden, theils fällt sie mit dem Grunde weg, woraus sie abgeleitet worden ist.

2) Es gibt einzelne Orden, deren Mitglieder die Begünstigung zu testiren erhalten haben. — So sagt das Hofdecret vom 4. July 1791 [1]), die deutschen Ordensmitglieder sollen in dem derzeit besessenen Rechte der Erbsfähigkeit auch ferner nicht beiret werden, doch wird sich gegen den Orden und dessen Vorsteher versehen, es werde nach ihrer abgegebenen eigenen Erklärung den in den k. k. Staaten befindlichen Ordensmitgliedern die Bewilligung, eine letztwillige Anordnung zu errichten, nicht ohne wichtige Ursache versaget werden. In Ansehung der Glieder des priesterlichen Maltheser-Ordens-Convents zu Prag, sie mögen sich in diesem befinden, oder auf den Pfarren des Maltheser-Ordens angestellt seyn, haben Se. Majestät anzuordnen geruhet: daß diese Priester bey ihren Ordensgelübden zu verbleiben haben, die neu aufgenommenen zu deren Ablegung wieder zugelassen werden dürfen, und daß es von der ihnen früher zugestandenen Freyheit, nach Gutbefinden zu testiren ꝛc., wieder abzukommen habe; sofort dieselben in Ansehung ihres Nachlasses an die Gesetze des Ordens, wie früher, gebunden seyen [2]).

3) Die nach Aufhebung der Klöster in den Weltpriesterstand übergetretenen Geistlichen, und die Nonnen der aufgehobenen Klöster können selbst mit den zur Lebenszeit unveräußerlichen Gütern und Vermögen durch letzten Willen nach Wohlgefallen schalten, nur darf das Vermächtniß oder die hinterlassene Erbschaft, unter der Strafe der Ungültigkeit, niemahls zu Handen eines Fremden, oder auch außer den k. k. Erblanden lebenden Unter-

1) J. G. S. Nr. 171.
2) Hofkanzley-Decret vom 22. Jänner 1816; J. G. S. Nr. 1565.

thans, gebracht werden [1]). — Durch Hofdecret vom 21. April 1786 [2]) wurde angeordnet, daß die künftig als Pfarrer oder Local-Capläne angestellten Mönche von jenen Orden, die keine stabilitatem loci oder besonders abgetheilte Stifter haben, als: Dominicaner, Franciscaner u. s. w. künftig über ihr aus den Eingängen einer solchen Pfründe erspartes oder sonst erworbenes Vermögen, eine letztwillige Disposition zu errichten ebenfalls befugt seyn sollen. Da aber die Canones den Regular-Clerum zur Uebernehmung einer Secular-Pfründe, wie sie immer heißen mag, für unfähig erklären, und die Stifter und Klöster sich nie erhohlen und zur beabsichtigten dauerhaften Subsistenz und Wirksamkeit gelangen könnten, wenn ihnen von Zeit zu Zeit die besseren und diensttauglicheren Mitglieder durch ihre allmählige Beförderung auf Secular-Benefizien entzogen würden, so wurde durch Hofkanzley-Decret vom 2. April 1802, welches in Folge eines Cabinets-Schreibens vom 25. März erlassen wurde [3]), angeordnet, daß von nun an keinem Ordensgeistlichen mehr eine dergleichen Pfründe zu Theil werden solle, und diejenigen, welche schon im Besitze, oder daselbst nur als Cooperatoren angestellt sind? mußten sich binnen drey Monathen erklären, ob sie sich den Zurücktritt in ihre Stifter oder Klöster vorbehalten wollten, oder nicht, um bestimmen zu können, welchen noch ferner das Recht, zu erben oder beerbt zu werden, zustehe. — Ueber die gemachte Anfrage: ob auch die Religiosen, welche Feldcapläne sind, die Erklärung über den Zurücktritt in ihre Klöster abzugeben haben, und ob sie für Secular-Pfarren vorschlagsfähig seyen, haben Se. Majestät gnädigst beschlossen [4]), daß nur den vor dem 25. März 1802 als Regiments-Caplänen angestellten Ordensgeistlichen gestattet sey, sich zu erklären, nicht mehr in den Orden zurückkehren zu wollen; die nach diesem Zeitpuncte als

1) Patent vom 30. August 1782; J. G. S. Nr. 72.

2) J. G. S. Nr. 542.

3) Pol. G. S. 17. B., S. 70.

4) Hofkanzley-Decret vom 29. October 1803; P. G. S. 20. B., S. 115.

Feldcapläne eingetretenen Ordensgeistlichen werden sohin nicht secularisirt, und sie können sohin auch nicht testiren [1]).

4) Jenen Exreligiosen, welche aus dem ungarischen Studien- oder Religions-Fonde pensionirt sind, sich in den deutschen Erbstaaten aufhalten, und die zu keinem in Ungarn noch bestehenden Convente ihres Ordens mehr gehören, denen das Recht zu erwerben und zu testiren in dem Königreiche Ungarn zukömmt, bewilligten Se. Majestät das freye Testirungs-Recht in Beziehung auf ihr bewegliches oder unbewegliches Vermögen; in so fern dasselbe in den deutschen Provinzen sich befindet, und in der Art, daß davon keine Vermächtnisse über die Gränzen der k. k. Staaten gebracht werden [2]).

§. 574.

6) Schwere Criminal-Strafe.

Ein Verbrecher, der zur Todesstrafe verurtheilt worden, kann von dem Tage des ihm angekündigten Urtheiles; wenn er aber zur schwersten, oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wird, so lange seine Strafzeit dauert, keine gültige Erklärung seines letzten Willens machen.

1) Diese Vorschrift ist, wie von Zeiller bemerkt, aus dem Strafgesetzbuche herüber genommen worden; sie muß daher aus den Verfügungen desselben ihre nähere Aufklärung erhalten. Der §. 23 des 1. Th. des St. G. B. lit. c sagt aber: daß mit den Strafurtheilen, wodurch ein Verbrecher zur Todesstrafe, zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilt wird, unter andern die Wirkung verbunden sey, daß der Verbrecher von dem Tage des ihm angekündigten Urtheils, und so lange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errichten könne. Unter Tag wird hier der Zeitpunct des angekündeten Urtheiles verstanden. Wird der Verbrecher zum Tode verurtheilt, so hört sich daher

1) Allerhöchste Entschließung vom 3. Jänner 1818.

2) Hofdecret vom 26. Jänner 1810; J. G. S. Nr. 898.

seine Testirungs-Fähigkeit von dem Zeitpuncte des ihm angekündeten Urtheiles auf, und sie lebt, in so fern die Todesstrafe wirklich vollzogen wird, nicht wieder auf. Sollte er aber nach bereits angekündetem Urtheile begnadiget, und die Todesstrafe in die Strafe des schweren oder schwersten Kerkers umgeändert werden, was bey Civilisten sehr selten geschieht, so hört sich diese Unfähigkeit nach Beendigung seiner Strafzeit auf. — Wenn der zum schweren Kerker verurtheilte Verbrecher nach dem Strafgesetze keinen Recurs ergreifen kann [1]), so fängt ohnehin seine Strafzeit gleich nach Ankündigung des Urtheiles zu laufen an, und die Unfähigkeit, eine letztwillige Anordnnng zu machen, dauert daher von dem Zeitpuncte des angekündeten Urtheils bis zur Vollendung der Strafzeit. — Dieses ist auch der Fall, wenn der Verurtheilte freywillig auf die Ergreifung des Recurses verzichtet. — Ergreift der Verurtheilte aber den Recurs gegen das angekündete Urtheil, so wird ihn die Untersuchungsbehörde während der Zeit, als der Recurs läuft, nicht hindern können, eine letztwillige Anordnung zu errichten, deren Rechtsgültigkeit von der Erledigung des Recurses abhängen wird. Wird von dem oberen Gerichte der Verurtheilte losgesprochen, oder die Untersuchung aus Mängel rechtlicher Beweise als aufgehoben erkläret, oder die Strafe des schweren Kerkers in die des einfachen Kerkers abgeändert, so wird die letzte Anordnung rechtsgültig seyn; wird aber die Strafe des schweren Kerkers nur in der Dauer gemildert, so wird die errichtete letztwillige Anordnung selbst nach den Worten des gegenwärtigen §. wirkungslos seyn, weil in diesem Falle nach §. 469 des St. G. B. 1. Theil der mittlerweilige Verhaft in die Strafzeit eingerechnet wird, und es daher eben so viel ist, als wenn der Verurtheilte diese letztwillige Anordnung während der Dauer seiner Strafzeit errichtet hätte. — Wird aber das recurrirte Urtheil bestätigt, dann dürfte man aus

---

1) Bey den zum schwersten Kerker verurtheilten Verbrechern ist dieses immer der Fall, weil dieser auch immer auf lebenslang verhängt wird, wie es die einzelnen Stellen des St. G. B., in welchen diese Strafe vorkommt, zeigen, und jedes Urtheil, wo auf lebenslangen Kerker erkannt wird, der obersten Justiz-Stelle Amteswegen vorgelegt werden muß.

der Textirung dieses §. zu behaupten versucht werden, daß die letztwillige Anordnung gültig sey, weil sie in diesem Falle vor Anfang der Strafzeit errichtet worden ist, und der gegenwärtige §., wenn man selben ganz buchstäblich auslegt, die Unfähigkeit des zum schweren Kerker verurtheilten Verbrechers, eine letztwillige Anordnung zu errichten, nur auf die Dauer der Strafzeit beschränkt. — Allein hält man die oben angegebene Stelle des St. G. B. entgegen, so zeigt sich offenbar, daß der terminus a quo für beyde in diesem §. berührte Fälle der nähmliche sey, daß aber der terminus ad quem im ersteren Falle ganz wegfalle, im zweyten aber mit Ende der Strafzeit festgesetzt sey.

2) Da übrigens demjenigen, der in contumaciam verurtheilt worden ist, das Strafurtheil nicht angekündet werden kann, so könnte man auch versucht werden zu glauben, daß bey diesem die Unfähigkeit zu testiren gar nicht beginnen könne. Allein, daß diese Meinung irrig wäre, zeigt der §. 499 des St. G. B. 1. Theils, welcher sagt: „So weit ein wider einen Abwesenden oder Flüchtigen auf Bestrafung gefälltes Urtheil den Verlust des Adels verhängt, und so weit aus demselben die in dem §. 23 erwähnten allgemeinen Wirkungen entstehen, muß es auch bey fortdauernder Abwesenheit des Verurtheilten zur Erfüllung gebracht werden." — Die Unfähigkeit beginnt in diesem Falle mit dem Zeitpuncte der geschehenen Affigirung des Edictes [1]), sie scheint aber aufzuhören, wenn gegen den zu Verhaft gebrachten Flüchtigen das ordentliche Criminalverfahren eröffnet wird, weil dieser §. 499 sagt, daß die im §. 23 erwähnten allgemeinen Folgen auch bey fortdauernder Abwesenheit des Verurtheilten in Erfüllung gebracht werden müssen.

§. 575.

Zeitpunct der Gültigkeit der Anordnung.

Ein rechtskräftig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse seine Gültigkeit nicht verlieren.

1) Siehe meine Erläuterung 1. Thl., S. 288.

1) Ist der Wille einmahl als letzter Wille rechtlich erklärt, und nicht widerrufen worden, so muß er, wie von Zeiller bemerkt, befolgt werden; und die bloße Möglichkeit, daß der Erblasser ohne das eingetretene Hinderniß seine Anordnung vielleicht ganz oder zum Theil widerrufen haben würde (§. 718), kann als kein hinreichender Grund angesehen werden, die Rechtswirkungen einer solchen Willens-Erklärung wieder zu zernichten.

2) Was ist aber Rechtens, wenn der Zweifel entsteht, ob die letztwillige Anordnung vor oder erst nach eingetretenem Hindernisse errichtet worden sey? — indem z. B. nach dem Tode einer Person, welche wegen Verschwendung unter Curatel gesetzt wurde, eine mit keinem Datum versehene letztwillige Anordnung vorgefunden wurde? — Da alle Facta, woraus die Testirungs-Fähigkeit bestritten wird, von demjenigen, der sich darauf beruft, erwiesen werden müssen [1]), so muß auch ohne Zweifel von demjenigen, der die Gültigkeit dieser vorgefundenen letztwilligen Anordnung bestreitet, dargethan werden, daß sie erst nach eingetretenem Hindernisse errichtet worden ist. — Damit indessen der Verschwender außer Lage gesetzt werde, durch eine Vordatirung der Urkunde das Gesetz zu umgehen, so ist es räthlich, daß bey der gleich vorzunehmenden Inventarisation seines nunmehr unter Curatel gesetzten Vermögens, sich zugleich erkundiget werde, ob bereits eine letztwillige Anordnung vorhanden sey, oder nicht.

3) Nach gehobenem Hindernisse steht natürlich der Rechtsgültigkeit der letzten Willens-Erklärung nichts mehr entgegen. Wann ist aber das Hinderniß als gehoben anzusehen? — Diese Frage kann natürlich nur im Falle des Wahn- oder Blödsinnes, der Verhängung der Curatel wegen Verschwendung, der Ordensgelübde und der Verurtheilung zur schweren Criminalstrafe entstehen. In letzterer Hinsicht ist diese Frage schon bey Erläuterung des vorigen §. beantwortet worden. — Was das erste Hinderniß anbelangt, so kann man nicht behaupten, daß es erst dann wegfalle, wenn die Aufhebung der Cura-

1) §. 565, Nr. 4.

tel beschlossen worden ist. — Denn der §. 283 sagt: „Ob ein Wahn- oder Blödsinniger den Gebrauch der Vernunft erhalten habe; oder ob der Wille eines Verschwenders gründlich und dauerhaft gebessert sey, muß nach einer genauen Erforschung der Umstände aus einer anhaltenden Erfahrung entschieden werden." Die Aufhebung der Curatel setzt daher voraus, daß der Curand bereits vor längerer Zeit den Gebrauch der Vernunft wieder erhalten habe, und es müssen daher die actenmäßigen Erhebungen den Anhaltspunct zur Beantwortung der Frage liefern, seit welcher Zeit der Erblasser den ungestörten Gebrauch seiner Vernunft wieder erhalten hat. — Wird die Curatel wegen Verschwendung aufgehoben, so setzt diese Aufhebung zwar gleichfalls voraus, daß der Wille des Verschwenders bereits dauerhaft gebessert sey; daß er also schon vor längerer Zeit seinen Hang zur Verschwendung aufgegeben haben mußte. — Aber so wenig ihm der Umstand allein, daß er ein Verschwender war, die Testaments-Fähigkeit benahm, sondern nur die gerichtliche Erklärung, durch welche ihm das Befugniß, mit seinem Vermögen frey zu schalten, entzogen wurde; so wenig kann hier der Umstand seiner Besserung allein ihm diese Fähigkeit wieder verschaffen, sondern nur die gerichtliche Erklärung, daß er in seine freye Vermögens-Verwaltung wieder eingesetzt sey. Indessen scheint es nicht nothwendig, daß die Aufhebung der Curatel bereits kund gemacht worden sey; denn von dem Augenblicke, als das Gericht die Curatel aufzuheben beschlossen hat, hat selbes auch anerkannt, daß er nicht mehr als ein gerichtlich erklärter Verschwender anzusehen sey. — Daß den Ordensgeistlichen, wenn sie secularisirt werden, das Recht zu erben, und sohin auch das, eine letztwillige Anordnung zu errichten, nicht erst vom Augenblicke der an einen solchen geschehenen Zustellung des Decretes, sondern schon vom Ausfertigungstage desselben gebühre, ist bereits bey Erläuterung des §. 2 vorgekommen. Dabey wird aber vorausgesetzt, daß er schon auf irgend eine Art in Kenntniß davon kam, weil sonst an der Ernstlichkeit seines Willens gezweifelt werden müßte.

§. 576.

Einen anfänglich ungültig erklärten letzten Willen macht die später erfolgte Aufhebung des Hindernisses nicht gültig. Wird in diesem Falle keine neue Verfügung getroffen; so tritt das gesetzliche Erbrecht ein.

Zeiller bemerkt bey diesem §. Folgendes: In Hinsicht auf das Hinderniß der Verstandeslosigkeit (§. 566) war diese Vorschrift überflüssig, weil es den Begriff einer wahren Willens-Erklärung ausschließt, folglich nie ein wahrer, letzter Wille vorhanden war. — Aber auch in Rücksicht der übrigen Hindernisse (§§. 569 — 574) ist die Vorschrift so natürlich, daß sie seit jeher in dem Rechtsverkehre allgemein anerkannt wurde. — Darum ist zu vermuthen, daß ein Erblasser, welcher weiß, daß er ein ungültiges Testament oder Codicill errichtet hat, dessen Widerruf für überflüssig halte. — Hat er also keine anderen Verfügungen getroffen, so tritt das gesetzliche Erbrecht ein — [1]).

§. 577.

II. Aeußere Form der Erklärungen des letzten Willens.

Man kann außergerichtlich oder gerichtlich, schriftlich oder mündlich; schriftlich aber mit, oder ohne Zeugen testiren.

Die von der inneren (§. 553) unterschiedene äußere Form der Testamente und Codicille besteht in der Art und Weise, wie der letzte Wille erklärt werden müsse, damit er in Wirksamkeit gesetzt werden könne. In dieser Hinsicht gibt es drey Arten der Erklärungen, von denen sich zwey wieder in Unter-Arten abtheilen; von welchen allen in den folgenden §§. gehandelt wird

§. 578.

1) der außergerichtlichen schriftlichen.

Wer schriftlich und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament oder Codicill eigenhändig

1) Zeillers Commentar §. 576.

schreiben, und eigenhändig mit seinem Nahmen unterfertigen. Die Beysetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht nothwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten räthlich.

1) Bey der Revision der Gesetze, erzählt Herr Hofrath von Zeiller, wurde die Frage aufgeworfen: ob man wohl einer (wenigstens dem Scheine nach) von dem Erblasser eigenhändig geschriebenen, oder auch nur unterschriebenen Erklärung des letzten Willens, deren Echtheit doch der Verstorbene nicht mehr bestreiten kann, noch ferner vollen Glauben beymessen soll? — In Erwägung, daß den Erblassern häufig daran liege, ihren Willen sehr geheim zu halten, und ihn nach Beschaffenheit der Umstände mit Muße abzuändern, einzuschränken oder zu erweitern; daß ferner diese Form und Beweisart der Analogie und dem Systeme der Gerichtsordnung angemessen sey, und daß nach selber gegen die Einwendung der Unechtheit dem, der die Echtheit behauptet, ohnehin der oft schwere, und der richterlichen Beurtheilung überlassene Beweis der Echtheit der Handschrift obliege; ist man übereingekommen, daß nicht mehr die bloße (weit leichter als eine ausführliche Schrift nachzuahmende) Unterschrift hinreichend, sondern daß auch die Erklärung eigenhändig geschrieben, und am Ende eigenhändig mit dem Nahmen des Ausstellers versehen werden soll.

2) Die am Ende beyzurückende eigenhändige Unterschrift hat vorzüglich den Zweck, damit man daraus ersehen könne, daß die Urkunde bereits vollendet, und nicht ein bloßer Entwurf sey. — Das Gesetzbuch für Westgallizien ordnete (im 2. Th. §. 373) an, daß der Aussteller sich mit seinem Vor- und Geschlechtsnahmen unterzeichnen, und sein Petschaft, Siegel oder anderes Zeichen beydrücken soll. — Dieses letztere fällt bey dem gegenwärtigen Gesetzbuche als wesentliche Förmlichkeit weg; indessen bleibt es für denjenigen, der ein eigenes Petschaft oder Siegel führt, immer räthlich, dasselbe bey seiner Unterschrift beyzudrücken, indem es den Beweis der eigenhändi-

gen Unterschrift erleichtert. — Der vollständige Nahmen eines Menschen führt zwey Theile in sich, den Vor- und den Geschlechts- oder sogenannten Zunahmen. — — — Da der gegenwärtige §. überhaupt von dem Nahmen spricht, so wird es etwas zweifelhaft, ob er darunter den Vor- und Geschlechtsnahmen, oder letzteren allein nur darunter verstehe, und es ist für jeden Fall vorsichtig, daß der Testirer nicht vernachlässige, beyde Nahmen zu unterschreiben. — Indessen scheint eine letztwillige Anordnung, in welcher sich der Erblasser bloß mit seinem Geschlechtsnahmen unterschrieben hat, nicht als ungültig angefochten werden zu können, eben deßwegen, weil das gegenwärtige Gesetzbuch von der Textirung des Entwurfes, welcher ausdrücklich die Unterzeichnung des Tauf- und Zunahmens forderte, abgewichen ist, im Zweifel die Vermuthung für das Nichtvorhandenseyn eines Hindernisses streitet, und die Unterzeichnung des Geschlechtsnahmens deutlich genug bezeichnet, daß die Urkunde als eine vollendete letztwillige Anordnung, und nicht bloß als ein Entwurf derselben anzusehen sey.

3) Auch die Beysetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, wurde in dem Entwurfe als eine wesentliche Förmlichkeit vorgeschrieben. Der gegenwärtige §. rathet dem Testirer diese Beysetzung, — sieht sie aber als keine wesentliche Förmlichkeit mehr an. — Denn man wollte, wie von Zeiller bemerkt, von diesem außerwesentlichen Theile, den der Erblasser oft aus Vergeßlichkeit wegläßt, oder aus verschiedenen Ursachen erst künftig beyzurücken sich vorsetzt, nicht die Gültigkeit der Anordnung abhängen lassen. —

§. 579.

Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen. Er muß ferner vor drey fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwey zugleich gegenwärtig seyn sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. Endlich sollen

auch die Zeugen sich entweder inwendig, oder von außen, immer aber auf die Urkunde selbst, und nicht etwa auf einen Umschlag, als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht nöthig.

1) Es gibt Personen, welche zwar des Schreibens nicht ganz unkundig sind, denen dasselbe aber viele Mühe kostet, oder deren Schrift schwer zu entziffern ist. — Diese pflegen sich die schriftlichen Aufsätze von Anderen verfertigen zu lassen, und in selben bloß ihren Nahmen zu unterzeichnen. — Wenn nun der Erblasser die letztwillige Anordnung nicht eigenhändig schreiben kann, oder will, aber des Schreibens doch in so weit kundig ist, daß er seinen Nahmen eigenhändig beyrücken kann; so hat er folgende Förmlichkeiten zu beobachten.

2) Er muß sich eigenhändig unterschreiben. Herr Hofrath von Zeiller bemerkt dabey, daß um auch dieß entbehrlich zu machen, dem Erblasser nur mündlich zu testiren übrig bleibe (§. 584). Er nimmt daher an, daß die Beobachtung der in dem folgenden §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten den Mangel der eigenhändigen Unterschrift desjenigen, der aus bloßer Bequemlichkeit sich dazu nicht entschließt, zu ersetzen, nicht hinreichend wäre. — Diese Meinung stimmt auch mit dem Wortlaute des folgenden §. vollkommen überein, welcher dem Erblasser nur dann, wenn er nicht schreiben kann, keineswegs aber auch, wenn er nicht schreiben will, in die Lage versetzen will, auch ohne seiner Unterschrift eine gültige letztwillige schriftliche Anordnung zu machen.

3) Der Testirer muß ferner Zeugen beyziehen, und ihnen die Urkunde mit der Versicherung vorweisen, daß selbe seinen letzten Willen enthalte. — Es ist, wie von Zeiller bemerkt, nicht vorgeschrieben, daß er die Urkunde in ihrer Gegenwart unterfertige, noch auch in der Regel (§. 581), daß er sie in ihrer Gegenwart durchlese, oder sich vorlesen lasse, welches erstere das gallizische Gesetzbuch gefordert hat. — Allein

es wird zum wenigsten vorausgesetzt, daß sie der Testirer bereits unterschrieben hat, als er die Zeugen beyzieht, und die Erklärung vor ihnen abgibt. — Dieses deutet der gegenwärtige §. durch den Ausdruck: „Er muß ferner vor drey fähigen Zeugen u. s. w." an. So lange der Testirer den Aufsatz nicht gefertiget hat, kann er noch nicht als vollendet angesehen werden, und es wäre sohin möglich, daß er nach der Hand, nachdem sich die Zeugen bereits (z. B. von außen) unterfertigten, neue Zusätze machte, für welche sohin keine Zeugen vorhanden wären; indem die vor diesen Zusätzen unterschriebenen Zeugen den Willen des Testators in diesen Puncten nicht bestätigen können. — Auch ist nicht nöthig, daß der Testirer die Echtheit seiner Unterschrift vor ihnen bestätige, es genügt, wenn sich die Zeugen von dem Umstande überzeugen, daß sein Nahme bereits unterzeichnet sey. — Nur ist es vorsichtig, wenn der Testirer seinen Nahmen in Gegenwart zweyer Zeugen selbst unterfertiget, oder ihnen wenigstens die Echtheit seiner Unterschrift versichert, damit im Falle, als selbe seiner Zeit in Abrede gestellt würde, sie von den Zeugen bestätigt werden könnte.

4) Es müssen wenigstens drey, und zwar fähige, Zeugen beygezogen werden. Welche Zeugen fähig sind, den letzten Willen eines Menschen zu bezeugen, wird in den §§. 591 — 596 vorkommen. — Die Gesetzgebung begnügt sich zwar bey andern Urkunden mit zweyen Zeugen, und sie hat sich auch vor Erscheinung dieses Gesetzbuches bey Testamenten und Codicillen damit begnüget. — Allein die Betrachtung, daß der Erblasser über die Echtheit der letzten Willens-Anordnung nicht mehr gehört werden kann, hat den Gesetzgeber bewogen, bey letzten Willens-Erklärungen die Förmlichkeiten etwas zu verstärken, ohne jedoch die römische Legislation hier zum Vorbilde zu nehmen, wie das französische Gesetzbuch gethan hat [1]). Diese Verstärkung geschah besonders durch die Forderung bey einer solchen letzten Willens-

1) In meinem im Aprilhefte 1813 der vaterländischen Blätter herausgegebenen Aufsatze: »eine kurze Vergleichung des österreichischen Gesetzbuches mit dem französischen enthaltend," — habe ich auf diesen Vorzug des österreichischen Gesetzbuches besonders aufmerksam gemacht.

Erklärung noch einen dritten Zeugen beyzuziehen. — Die vor Erscheinung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches von zwey Zeugen errichteten Erklärungen des letzten Willens bleiben aber, obschon inzwischen ein dritter Zeuge hätte beygezogen werden können, zufolge des Kundmachungs-Patentes, in ihrer Kraft. — Diese Bemerkung gibt zur Frage Veranlassung: was Rechtens sey, wenn gegenwärtig ein Testament mit zwey Zeugen unterfertigt vorgefunden würde, in welchem kein Datum enthalten ist, und, weil z. B. die Testamentszeugen gleichfalls bereits verstorben seyen, nicht mehr ausgemittelt werden kann, ob dasselbe noch vor Erscheinung des bürgerlichen Gesetzbuches, oder erst nach derselben zu Stande gekommen seye? — Da ohne Zweifel derjenige, der die Ungültigkeit einer letztwilligen Anordnung behauptet, den Thatumstand, der selbe ungültig macht, erweisen muß, wenn dieser gesetzliche Grund der Ungültigkeit nicht aus der Urkunde selbst hervorleuchtet, — dieses aber eben hier der Fall ist, — so wird ein solches Testament als gültig aufrecht erhalten werden müssen, weil nach der Voraussetzung nicht dargethan werden kann, daß das Testament erst während der Herrschaft des neuen Gesetzes errichtet worden ist. — Aus eben diesem Grunde wird demjenigen, welcher behauptet, daß das Testament, ungeachtet des früheren Datums, doch erst nach Erscheinung des Gesetzbuches errichtet worden sey, der Beweis dieses Umstandes obliegen, und er würde durch den bloßen Widerspruch, daß das Testament am angesetzten Tage ausgefertigt worden sey, den Beweis nicht auf seinen Gegner wälzen können.

5) Von den drey Zeugen müssen in der Regel (§. 598) wenigstens zwey zu gleicher Zeit, als der Erblasser erkläret, daß die Urkunde seinen letzten Willen enthalte, zugegen seyn. — Der gesetzliche Grund ist, weil bey solchen Zeugen, wenn sie über die einzelnen Umstände abgesondert vernommen werden (§. 586), weit leichter, als bey einzelnen Zeugen, eine widersprechende Aussage sich ergeben, folglich die Unwahrheit derselben aufgedeckt werden kann. Der dritte Zeuge kann einzeln früher oder später berufen werden [1]).

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 9.

6) Endlich müssen die Zeugen ihre Nahmen, und zwar auf die Urkunde selbst, nicht aber etwa auf dem besondern Umschlage, worin die Urkunde liegt, unterschreiben. Denn aus einem von den Zeugen überschriebenen bloßen Umschlage könnte die echte Urkunde leicht genommen, und eine unechte an deren Stelle eingelegt werden. Der §. sagt übrigens, daß sich die Zeugen, als Zeugen des letzten Willens unterschreiben sollen. — — Dadurch scheint nothwendig, daß die Zeugen zu ihren Nahmen die Worte: als Zeugen beysetzen, weil man außerdem keine Ueberzeugung hat, daß nicht etwa ein Papier, auf dem sich zufällig die Nahmen dreyer Personen befinden, zur Verfertigung eines Testamentes mißbraucht worden ist. Der Beysatz des letzten Willens scheint aber überflüssig, weil, wenn die Urkunde, auf welcher sich die Zeugen mit dieser Bezeichnung unterschrieben, nichts anders als einen letzten Willen enthält, es sich dann ohnehin versteht, daß sie sich als Zeugen dieses letzten Willens unterzeichnen. — Wären indessen die Zeugen-Unterschriften nicht gleich unterhalb der letzten Anordnung, sondern z. B. auf der letzten Seite der aus einem Bogen bestehenden Urkunde angebracht, — und wären auf dieser Urkunde mehrere letzte Willens-Anordnungen geschrieben, z. B. Nachträge zu dem früheren Testamente oder Codicille, so mußten die Zeugen bey ihren Unterschriften bemerken, in Ansehung welcher letzten Willens-Erklärungen sie als Zeugen erscheinen.

7) Zu diesen in dem Gesetzbuche selbst aufgeführten wesentlichen Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes oder Codicills gesellt sich noch folgende, aus den Vorschriften der Gerichtsordnung [1]) hinzu. Besteht die Urkunde aus mehreren Bogen, so sollen alle mit einem Faden oder einer Schnure zusammengeheftet, beyde Ende mit hartem Siegelwachs festgemacht, und das Petschaft des Ausstellers darauf gedruckt seyn; widrigens verdient der Bogen, welcher hat unterschoben werden können, keinen Glauben. — Man könnte zwar zweifeln, ob diese Vorschrift der Gerichtsordnung auch auf Testamente anzuwenden sey, von

1) Allg. G. O., §. 115; Gallizische §. 122.

dessen wesentlichen Förmlichkeiten das bürgerliche Gesetzbuch handelt, ohne in irgend einem Puncte auf die Vorschriften der Gerichtsordnung zu verweisen, wie es doch in anderen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches geschieht. — — Allein das Gesetzbuch bestimmt die Testaments-Förmlichkeiten mit Hinsicht auf die größere Gefahr, hintergangen zu werden, welche bey Testamenten obwaltet, und die Absicht des Gesetzgebers gehet offenbar dahin, bey diesen letzten Willens-Erklärungen die Förmlichkeiten zu verstärken, nicht aber von einer für alle Urkunden überhaupt zur Vermeidung eines Betruges nothwendig geachteten Vorschrift bey letzten Willens-Erklärungen, wo diese Gefahr im höheren Grade vorhanden ist, eine Ausnahme zu machen. Die bloße Fertigung jedes einzelnen Bogens, von Seite des Erblassers, würde nicht genügen, da diese Unterfertigung überhaupt nicht hinreicht, einem nicht eigenhändig geschriebenen letzten Willen Glaubwürdigkeit zu verschaffen. — Daß ich indessen diese Vorschrift der Gerichtsordnung nicht schon bey dem vorausgehenden §. angeführt habe, geschah darum, weil bey einer durchaus eigenhändig geschriebenen Urkunde die Unterschiebung eines Bogens nicht wohl Statt finden kann.

8) Was indessen zur Form einer Urkunde weder im Allgemeinen, noch im Besonderen vorgeschrieben ist, kann, wie von Zeiller bemerkt, unbeschadet der Gültigkeit, unterbleiben, und auf die eine oder andere Art geschehen. — So ist es z. B. räthlich, den Betrag des Erbtheiles oder Vermächtnisses mit Buchstaben auszudrücken, aber wesentlich nothwendig ist dieses nicht, sondern die Bezeichnung kann auch mit Ziffern geschehen. — Selbst Abänderungen und Verbesserungen (Correcturen), wenn sie unwesentlich sind, schaden der Gültigkeit nicht. Wäre aber eine solche Abänderung wesentlich, so würde es bey einer eigenhändig geschriebenen letztwilligen Anordnung darauf ankommen, ob sich in diesen Correcturen die Handschrift des Erblassers erkennen lasse, oder nicht. — Im ersteren Falle muß diese Abänderung als der Wille des Erblassers geachtet werden. — Bey einem nicht eigenhändig geschriebenen Testamente müßte bey der Unterschrift der Zeugen bemerkt werden, daß diese Correcturen zur Zeit, als sie

zur Unterfertigung zugezogen wurden, schon vorhanden waren. — Denn sollen diese Abänderungen des letzten Willens als gültig angesehen werden können, so muß der Zeuge des letzten Willens auch Zeuge der Abänderung seyn.

§. 580.

Ein Erblasser, welcher nicht schreiben kann, muß nebst Beobachtung der in dem vorigen §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten anstatt der Unterschrift sein Handzeichen, und zwar in Gegenwart aller drey Zeugen eigenhändig beysetzen. Zur Erleichterung eines bleibenden Beweises, wer der Erblasser sey; ist es auch vorsichtig, daß Einer der Zeugen den Nahmen des Erblassers als Nahmensfertiger beysetze.

1) Der Gesetzgeber scheint hier einen Erblasser vor Augen gehabt zu haben, welcher des Schreibens gänzlich unkundig ist. — Dieser muß nun überhaupt alle Förmlichkeiten beobachten, welche im vorigen §. vorgeschrieben sind; mit der alleinigen Ausnahme, daß er, statt seiner Unterschrift, am Ende der Urkunde sein Handzeichen beyfügt, das, der angeführten Gewohnheit zur Folge, gewöhnlich in einem oder mehreren Kreuzzeichen besteht. — Da aber ein solches Handzeichen keine so überzeugenden Merkmahle darbiethet, daß es von dem Testirer eigenhändig gemacht worden sey, wie die Unterschrift, welche sich in Vergleichung mit anderen Handschriften des Erblassers, im Falle als die Echtheit derselben bestritten würde, erweislich machen läßt; so ist hier angeordnet, daß dieses Handzeichen in Gegenwart aller drey Zeugen beygerückt werden müsse. — Daß Einer der drey Zeugen den Nahmen des Erblassers als Nahmensunterfertiger beysetze, ist zwar nicht gebothen, wird jedoch hier vorsichtsweise angerathen, und dienet hauptsächlich zu dem Zwecke, damit für den Fall, als die Zeugen etwa vor dem Erblasser verstürben, ein bleibender Beweis hergestellt seye, von wem diese letztwillige Anordnung herrühre.

2) Ist Jemand zwar des Schreibens überhaupt kundig, aber in dem Momente, als er eine letztwillige Anordnung errichten will, durch ein körperliches Gebrechen oder körperliche Schwäche unvermögend, seine eigenhändige Unterschrift beyzusetzen; so hat die Vorschrift des gegenwärtigen §. auch auf ihn Anwendung. Es ist aber in diesem Falle sehr vorsichtig, wenn in der letzten Anordnung ausdrücklich davon eine Erwähnung gemacht wird, warum der Testirer hier statt seiner Unterschrift, nur sein Handzeichen beyrücke; weil er sonst Gefahr laufen würde, daß die Gültigkeit seiner Anordnung in der Folge bestritten werde. — Wird nähmlich ein Testament oder Codicill vorgefunden, welches der Erblasser bloß mit einem Handzeichen versehen hat, so muß angenommen werden, daß der Erblasser des Schreibens unkundig war, und derjenige, der behauptet, er sey des Schreibens kundig gewesen, muß dieses als ein Factum erweisen; hat er dieses aber gethan, dann muß derjenige, dem die Aufrechthaltung der letzten Anordnung interessiret, von seiner Seite darthun, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung derselben unvermögend war, seine Unterschrift beyzurücken.

§. 581.

Wenn der Erblasser nicht lesen kann, so muß er den Aufsatz von Einem Zeugen in Gegenwart der anderen zwey Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem letzten Willen gemäß sey. Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge seyn.

1) Diese Vorschrift tritt bey einem des Lesens unkundigen, oder durch körperliches Gebrechen (Blindheit) daran gehinderten Erblasser in Anwendung. — Da sich hier der Erblasser selbst durch eigene Durchlesung der Urkunde nicht überzeugen kann, daß der Schreiber der Urkunde die Anordnungen des Erblassers so niedergeschrieben habe, wie sie ihm von dem Erblasser in die Feder gesagt worden sind, so ist es nothwendig, daß sich die

Zeugen dessen versichern. — Das bloße Herablesen in Gegenwart der Zeugen gibt noch keine beruhigende Sicherheit, wenn sich nicht die Zeugen durch die eigene Einsichtsnahme davon überzeugen, daß die Urkunde genau und vollständig nur das enthalte, was dem Erblasser vorgelesen, und von diesem als sein wahrer Wille bestätiget worden ist.

2) Der Schreiber des letzten Willens kann entweder eine vierte Person, oder einer aus den drey Zeugen selbst seyn. Der Schreiber muß, wenn er nicht zugleich Zeuge ist, nicht nothwendig eine Person seyn, welche zur Zeugenschaft fähig ist. — Nach dem Wortlaute des §. wäre es aber nicht hinreichend, wenn der Schreiber, der nicht zugleich Zeuge ist, und vielleicht wegen seinen Eigenschaften kein fähiger Zeuge seyn kann, den Aufsatz herablesen würde; dieses Geschäft muß Einer aus den Zeugen übernehmen. — Da vorgekommen ist, daß hin und wider auf dem Lande bey dem Absterben der Bauern und zuweilen auch in Städten bey wohlhabenden Bürgersleuten, die zum letzten Beystande für den Kranken herbeygehohlten Geistlichen sich zur Verfertigung der Testamente gebrauchen lassen, und solchen Falles, hauptsächlich, wenn nachmahls in Absicht auf das zurückgebliebene Vermögen große, die Erben beschwerende fromme Vermächtnisse, Stiftungen oder Legate für das Kloster desjenigen Geistlichen, der das Testament verfaßt hat, herauskommen, Klagen gegen die Geistlichkeit entstanden, so wurde schon unter der Regierung Ihrer Majestät der Kaiserinn Maria Theresia durch Hofdecret vom 4. September 1771 [1]) angeordnet, daß von nun an allen, sowohl Welt- als Ordensgeistlichen zu allen Zeiten und auch in allen Fällen äußerster Noth, wo gar keine andere, des Lesens und Schreibens kundige Personen zu haben sind, die Errichtung eines fremden Testamentes überhaupt, und zwar bey Nichtigkeit desselben, ein für alle Mahl verbothen seyn solle. — Dieses Gesetz scheint allerdings auch gegenwärtig noch in so weit von Wirksamkeit zu seyn, als es die Geistlichen betrifft, die sich auch der Zeit noch nach selbem zu

1) Theres. G. S., 6. B., S. 377.

benehmen, und sich von dem Verfassen und Schreiben letztwilliger Anordnungen zu enthalten haben; was aber die darin ausgedrückte civilrechtliche Folge der Nichtigkeit eines solchen von einem Geistlichen geschriebenen Testamentes anbelangt, so ist sie durch die Einführung des neuen Gesetzbuches stillschweigend als aufgehoben anzusehen, weil die Frage, wie auf was Weise ein gültiges Testament zu Stande komme, und welche Hindernisse der Gültigkeit eines solchen entgegen stehen, einen Gegenstand dieses Gesetzbuches ausmacht, und nach dem Kundmachungs-Patente alle auf die Gegenstände dieses bürgerlichen Gesetzbuches sich beziehenden Gesetze außer Wirksamkeit gesetzt worden sind.

3) Im Uebrigen müssen auch hier die im vorigen §. erwähnten Förmlichkeiten beobachtet werden. Denn das Gesetz ordnet hier nur eine weitere Vorsichtsmaßregel an, die zu beobachten ist, wenn der Erblasser nicht lesen kann, weil er sich in diesem Falle durch eigene Einsichtsnahme nicht überzeugen kann, ob der von ihm und den Zeugen zu unterfertigende Aufsatz auch wirklich seinen wahren Willen enthalte. — Von Hinweglassung einiger der im vorigen §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann sohin hier keine Rede seyn.

§. 582.

Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willens-Erklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. Außerdem können dergleichen von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden.

1) Wenn ein Erblasser in seinem, obgleich übrigens förmlich errichteten Testamente sagt, daß jene Personen, die er in einem von ihm bezeichneten Zettel oder Aufsatze nahmhaft gemacht hat, Erben oder Legatar seyen, oder die ihnen dort ausgemessenen Beträge erhalten sollen; so kann man einen solchen Nebenaufsatz, wofern er nicht mit allen Förmlichkeiten einer letz-

ten Willens-Erklärung versehen ist, als keine verbindliche letzte Anordnung ansehen, weil die rechtliche Gewißheit mangelt, daß dieses der nähmliche Zettel sey, den der Erblasser bey seiner Willens-Erklärung vor Augen hatte. — Daß dieser Zettel mit den nähmlichen Förmlichkeiten versehen seyn müsse, wie das Testament selbst, in welchem sich auf selben berufen wird, und wovon er gleichsam einen Theil ausmachen soll, ist nicht vorgeschrieben, genug, wenn er nur überhaupt die Testaments-Förmlichkeiten hat. Wäre z. B. das Testament, weil es von dem Erblasser nicht eigenhändig geschrieben wurde, von drey Zeugen unterfertigt, — der Zettel aber, in welchem z. B. nichts anderes als der Nahme des Erben geschrieben stünde, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben, jedoch von keinem Zeugen gefertiget, so würde er allerdings von Wirkung seyn. — Es ist auch nicht nothwendig, daß die Berufung auf einen solchen Zettel in einem schriftlichen Testamente geschehe, sie kann auch bey einer mündlichen Anordnung Platz greifen. Was bey einer Berufung des Erblassers auf eine mündliche Willens-Aeußerung Rechtens sey, ist bereits bey Erläuterung des §. 564 Nr. 2 erwähnt worden.

2) Zur Erläuterung des Schlußsatzes im gegenwärtigen §. bemerkt Herr Hofrath von Zeiller, daß sich der Erblasser mit Nutzen auf Aufsätze berufen könne, worin sein Vermögensstand, der Antheil an einem gemeinschaftlichen Gute und Erwerbe, die Absonderung des frey vererblichen Vermögens von einem Familien-Fideicommisse, die Anrechnung zum Pflicht- oder Erbtheile (§. 788), der Betrag eines von ihm gegebenen, und nun vermachten jährlichen Unterhalts (§. 673) u. dgl. entnommen werden soll. Ein Aufsatz der Art kann, wenn er auch an sich keinen vollständigen Beweis macht, doch immer zu dessen Unterstützung oder zur Erörterung der Sache beytragen.

§. 583.

In der Regel gilt ein und derselbe Aufsatz nur für Einen Erblasser. Die Ausnahme in Rück-

sicht der Ehegatten ist in dem Hauptstücke von den Ehepacten enthalten.

1) Nur den Ehegatten, welche, besonders auf dem Lande, ihre erheblichsten und zugleich in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte mit einem Mahle zu Stande zu bringen pflegen, und daher gewöhnlich auch schon in den Ehepacten über den Fall ihres Todes verfügen, gestattet das Gesetz auch gemeinschaftlich in einer und der nähmlichen Urkunde über ihr Vermögen letztwillig auf den Todesfall zu verfügen (§. 1248). Anderen Personen glaubte man dieses Befugniß nicht zugestehen zu können; und sollte dessenungeachtet ein von zwey Personen in einer Urkunde errichtetes Testament vorkommen, so wäre dasselbe in jeder Hinsicht ungültig. — Das Gesetz sagt zwar hier, daß ein und derselbe Aufsatz nur für einen Erblasser gelte; und man könnte also aus diesen Worten versucht werden zu schließen, daß der Inhalt einer solchen Urkunde zum Theile aufrecht erhalten werden müsse. Allein da hier zur Entscheidung der Frage: wessen Dispositionen hier aufrecht erhalten und welche als nichtig angesehen werden sollen? aller Anhaltspunct mangelt, so erübrigt nichts, als den ganzen Inhalt einer solchen Urkunde als ungültig anzusehen. — Aus eben dieser Bemerkung glaube ich aber folgern zu dürfen, daß, — wenn diese Urkunde in Beziehung auf den einen Erblasser ohnehin so wesentliche Gebrechen in sich tragen würde, daß sie für ihn in keinem Falle als eine rechtsgültige Erklärung angesehen werden könnte, z. B. weil sie von dem anderen Erblasser eigenhändig geschrieben, und nicht mit drey Zeugen gefertiget ist, — kein Grund vorhanden sey, sie auch für den anderen Erblasser als unwirksam zu erklären.

2) Wann kann man aber sagen, daß zwey Erblasser in einem und demselben Aufsatze ihren letzten Willen erklären? — Ich antworte, wenn im Contexte der Urkunde beyde Willens-Erklärungen vorkommen. Es können, meines Erachtens, auf einem und dem nähmlichen Bogen Papier verschiedene letzte Willens-Erklärungen erscheinen, ohne daß sie ungültig wären, wenn nur jede letztwillige Anordnung für sich abgesondert besteht, und von dem Erblasser unterfertiget ist; denn in diesem Falle machen sie nicht einen und denselben Aufsatz aus. — Setzen wir z. B.

zwey Freunde befinden sich gemeinschaftlich auf einer Reise, und erkranken in einem Gasthause auf dem Lande, wo es etwas schwer hält, Schreibmaterialien zu bekommen. — Sie fordern nun, für den Fall ihres Todes ihren letzten Willen aufzuzeichnen, Papier; — der Wirth bringt ihnen nur ein Blatt, auf welches sie beyde, jedoch jeder für sich abgesondert, ihren letzten Willen niederschreiben. — Dieses wird der Gültigkeit ihrer letztwilligen Anordnungen nicht entgegen stehen. Würden sie aber ihre letzten Willens-Erklärungen in einen Context verschmelzen, so müßten selbe als ungültig angesehen werden. — In dem Falle, als Beyde nicht eigenhändig ihren Willen niederschrieben, sondern durch eine dritte Person zu Papier bringen ließen, wäre es auch nicht nothwendig, daß sich die beygezogenen Testaments-Zeugen bey jeder Willens-Erklärung abgesondert unterschreiben; denn, da der §. 579 den Zeugen gestattet, sich auf was immer für einen Theil der Urkunde selbst zu unterfertigen, so steht auch nichts entgegen, daß sie ihre Unterschriften auf beyde Willens-Erklärungen beziehen.

§. 584.

Einem Erblasser, welcher die zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachten kann oder will, steht frey, ein mündliches Testament zu errichten.

Die Unmöglichkeit, die zu einem schriftlichen Testamente oder Codicille erforderlichen Förmlichkeiten zu beobachten, tritt, wie bereits von Zeiller bemerkt hat, ein, wenn der Erblasser des Schreibens unkundig und aus körperlicher Schwäche auch nur ein Handzeichen zu machen untauglich, oder, wenn besonders in dringenden Fällen, keine Zeit oder Gelegenheit vorhanden ist, des Schreibens fähige Zeugen beyzuziehen (§§. 578 — 583).

§. 585.

2) der außergerichtlichen mündlichen.

Wer mündlich testiret, muß vor drey fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig, und zu bestä-

tigen fähig sind, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sey, ernstlich seinen letzten Willen erklären. — Es ist zwar nicht nothwendig, aber vorsichtig, daß die Zeugen entweder alle gemeinschaftlich, oder ein jeder für sich zur Erleichterung des Gedächtnisses die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder so bald als möglich aufzeichnen lassen.

1) Der Unterschied zwischen einer schriftlichen und mündlichen Erklärung des letzten Willens besteht nur in der äußeren Form der Erklärung. In der letzteren fallen also zwar alle Förmlichkeiten weg, die auf einen schriftlichen Aufsatz des Erblassers Beziehung haben (§§. 578 — 581); es muß aber nicht nur die innere Form (§§. 553, 564 — 576), es müssen auch alle zur Bekräftigung der Anordnung dienende Förmlichkeiten, und zwar, weil kein schriftlicher Beweis darüber vorliegt, in noch strengerem Maße vorhanden seyn, indem eine mündliche Erklärung einzig dem Gedächtnisse und der Aussage der Zeugen anvertraut wird.

2) Bey der mündlichen letztwilligen Anordnung muß der Erblasser seinen Willen selbst erklären, d. h. er muß selbst genau jene Worte aussprechen, die seinen letzten Willen ausdrücken sollen. Eine bloße Bejahung der von Jemanden an ihn gestellten Fragen wäre für keinen Fall genügend (§. 565). Selbst in dem Falle, daß der Erblasser seinen letzten Willen von Jemanden hätte schriftlich aufsetzen lassen, und er diesen Aufsatz nun in Gegenwart der Zeugen sich vorlesen lassen würde, würde dadurch keine rechtsgültige mündliche letzte Anordnung zu Stande kommen, — sondern es müßte ein solcher Fall als eine letztwillige schriftliche Anordnung angesehen, und nach §§. 580 u. 581 beurtheilet werden. — Was wäre aber wohl in dem Falle Rechtens, wenn der Erblasser bereits seinen letzten Willen schriftlich aufgesetzt, den Aufsatz aber, weil er noch einige Zusätze machen wollte, nicht unterfertiget hätte, — dann aber von einer Krankheit überfallen würde, welche es ihm unmöglich machte, diesen

früheren Aufsatze auch nur sein eigenes Handzeichen beyzufügen, sich daher den eigenhändig geschriebenen Aufsatz in Gegenwart der Zeugen vorlesen ließe, und erklärte, daß dieser Aufsatz seinen wahren Willen enthalte? — Ich halte diese Modalität, seinen letzten Willen zu erklären, als eine letztwillige mündliche Anordnung für gültig. Denn hier beruht die Erklärung nicht mehr auf einer bloßen Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages, und seine eigenhändige Schrift vertritt hier die Stelle der mündlichen Erklärung. Wäre der Erblasser noch fähig, seinen Nahmen zu unterschreiben, so dürfte derselbe nur die früher vorbereitete Urkunde unterschreiben, um sie zu einem gültigen Testamente zu erheben. — Diese Unterschrift enthält aber nur stillschweigend die Erklärung in sich, daß dieser früher unwirksame Aufsatz nun als vollendet angesehen werden und in Wirksamkeit treten soll. — Soll nun hier der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers nicht im Stande seyn, den durch seine Unterschrift nur stillschweigend erklärten Willen zu ersetzen?

3) Die mündliche letzte Anordnung muß in Gegenwart aller drey Zeugen erkläret werden. — Da dieses schon bey jenen schriftlichen Anordnungen angeordnet ist, welche von einem des Schreibens oder Lesens unkündigen Erblasser errichtet werden, so ist dieses um so mehr bey mündlichen Anordnungen nothwendig, bey welchen, wie oben bemerkt worden ist, die zur Bekräftigung der Anordnung nöthig erachteten Förmlichkeiten in noch strengerem Maße vorhanden seyn müssen. — Selbst die größere Anzahl von Zeugen, von denen jedoch nie drey zu gleicher Zeit gegenwärtig gewesen sind, könnte diesen Mangel nicht ersetzen, wenn z. B. der Erblasser heute vor dem A und B, und morgen vor dem C und D seinen Willen erklärt hätte. Denn an gesetzlich als wesentlich erklärten Förmlichkeiten läßt sich nichts ändern, wenn auch die anderen, dafür eingetretenen Formalitäten dem Zwecke vielleicht besser zusagen würden.

4) Die Zeugen müssen zu bestätigen fähig seyn, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sey. — Sie müssen daher den Testator sehen, und ihn entweder von Person aus kennen, oder eine solche Beschreibung von

ihm zu liefern fähig seyn, daß über die Identität der Person jeder Zweifel hintan gehalten wird. Sie müssen dabey, wie von Zeiller bemerkt, überhaupt auf ihrer Huth seyn, daß nicht ein Dritter den Nahmen und Schein des vorgeblichen Testators annehme, oder im Dunkeln seine Stimme nachahme, und auf solche Art eine mündliche Anordnung fälschlich unterschoben werde. — Dieses gilt von allen drey Zeugen. Wenn daher bey einem solchen mündlichen Testamente zwey Zeugen bestätigten, daß der Erblasser ihnen von Person aus bekannt war, der dritte Zeuge aber äußerte, den Erblasser nicht gekannt zu haben, auch keine solche Beschreibung von ihm liefern könnte, aus welcher der Erblasser erkennbar gemacht würde, so würde die letztwillige Anordnung keineswegs gültig seyn. — Es ist beachtenswerth, daß das Gesetz diese Fähigkeit der Zeugen bey schriftlichen Testamenten nicht erforderlich macht. — Allein wird im Falle des §. 579 die Unterschrift des Erblassers widersprochen, so muß sie eben entweder aus der Vergleichung der Handschriften oder durch die eidliche Aussage der Zeugen erwiesen werden. — Wird der Beweis auf die erstere Art hergestellt, so ist ohnehin über die Person des Erblassers kein Zweifel mehr vorhanden. — Kann aber die Echtheit seiner Unterschrift auf vorstehende Art nicht außer Zweifel gesetzt werden, oder hat der Erblasser nur sein Handzeichen beygerückt, und wird dasselbe widersprochen, so erübrigt nichts, als die durch die beygezogenen Testaments-Zeugen, oder auch andere zufällig zugegen gewesene Personen den dießfälligen Beweis herstellen zu lassen, in welchem Falle die berufenen Zeugen gleichfalls zu bestätigen im Stande seyn müssen, daß derjenige, der die Unterschrift oder das Handzeichen beysetzte, wirklich diejenige Person gewesen sey, die hier als Testator angegeben wird. — Jedoch wird hier die gleichlautende Aussage zweyer Zeugen genügen; wo dagegen bey einem mündlichen Testamente dieser Umstand, der Regel nach (§. 586), durch die übereinstimmende Aussage sämmtlicher drey Zeugen außer Zweifel gesetzt werden muß.

5) Das Gesetz schreibt zwar nicht vor, aber rathet hier an, daß die Zeugen die mündliche Erklärung, entweder sogleich oder

so bald möglich in der Folge, entweder selbst zu Papier bringen, oder durch einen Dritten zu Papier bringen lassen, damit sie die mündliche Verfügung des Erblassers im Gedächtnisse behalten, — und sich seiner Zeit, wenn sie hierüber vom Gerichte sollen vernommen werden, noch auf alles, was gesagt worden ist, erinnern können. — Der von den Zeugen dießfalls veranstaltete Aufsatz wird auch gewöhnlich von ihnen unterfertiget. Dadurch gehet jedoch die mündliche Anordnung in keine schriftliche über, wenn nicht zugleich auch die übrigen in den §§. 579 — 581 angeordneten Förmlichkeiten beobachtet worden sind.

§. 586.

Eine mündliche letzte Anordnung muß, um rechtskräftig zu seyn, auf Verlangen eines Jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drey Zeugen, oder, wofern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwey übrigen bestätiget werden.

1) Von dem Bestehen einer mündlichen letztwilligen Anordnung kömmt das Gericht gewöhnlich bey Vornahme der Sperre in Kenntniß; da meistentheils die Umgebungen des Erblassers von diesem Acte Wissenschaft haben, die sie dann auch der gerichtlich abgeordneten Sperrscommission, die sich Amtswegen um diesen Umstand zu erkundigen hat, mittheilen. — Zuweilen geschieht auch wohl erst von den Theilnehmern an der Verlassenschaft oder den Zeugen eine nachträgliche Anzeige. — Ist über den mündlich erklärten letzten Willen bereits ein von den Zeugen unterfertigter schriftlicher Aufsatz vorhanden, so wird derselbe zu den Gerichts-Acten genommen, sonst aber werden die Zeugen vorgerufen, und über diese mündliche Erklärung des Erblassers zu Protocoll genommen. — Es scheint zwar das Hofdecret vom 12. August 1812 (J. G. S. Nr. 1002) dieser Behauptung entgegen zu stehen, da es auf die Anfrage: ob die Gerichte von den Zeugen eines Testamentes noch ferner die bey dem Bürger- und Bauernstande in Böhmen üblich und ge-

setzlich gewesene Contestirung aufnehmen sollen? — entscheidet, daß bey schriftlichen Testamenten eine gerichtliche Vernehmung der Testaments-Zeugen gar nicht, bey mündlichen letzten Anordnungen aber keineswegs von Amtswegen, sondern nur über Anlangen der Parteyen zu veranlassen seye. — Allein diese Anordnung, welche nach der Natur der Sache kein neues Gesetz, sondern nur eine Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches auf den Gegenstand der Anfrage seyn soll, kann wohl nicht dahin ausgelegt werden, daß sich die Abhandlungs-Behörde um den Inhalt einer letztwilligen Anordnung gar nicht zu bekümmern habe, sondern muß, nach meiner Ueberzeugung, auf den Fall beschränkt werden, wenn die Zeugen nach der Anleitung des vorigen §. über die mündliche Anordnung selbst einen Aufsatz errichtet und denselben dem Gerichte vorgelegt haben. — Geschieht aber dieses nicht; so hat das Gericht, um zur Kenntniß des letzten Willens zu gelangen, kein anderes Mittel, als die Zeugen vorzurufen und hierüber zu vernehmen. Denn wer soll in einem solchen Falle wohl um die Abhörung der Zeugen ansuchen? — Derjenige, der in der mündlichen Anordnung mit einem Erbtheile oder Legate bedacht worden ist? — wie soll der in die Kenntniß seiner Begünstigung kommen, wenn er nicht A etwa zufällig von den letztwilligen Verfügungen reden hört? — der Intestat-Erbe? — allein in dessen Interesse ist ja sogar die Verheimlichung der letzten Anordnung gelegen. Die Vernehmung der Testaments-Zeugen kann also in dem berührten Falle keinem Anstande unterliegen, jedoch sind die Zeugen-Aussagen in diesem Falle weder beschwören zu lassen, noch hat sich der Richter bey dieser Einvernehmung Amtswegen in eine detaillirte Erforschung jener Umstände einzulassen, welche auf die Beobachtung der äußeren Form hinzielen, sondern hat sich lediglich auf den Inhalt der letztwilligen Anordnung zu beschränken.

2) Sind die Zeugen über den Inhalt der letztwilligen Anordnung vernommen, so wird selber auf die bey dem Gerichte gewöhnliche Art kund gemacht. — Nun kann dem durch selbe verkürzten gesetzlichen, oder auch dem etwa in einem früheren Testamente eingesetzten Erben oder den Legataren, deren Vermächtniß nach

dem Inhalte der Zeugen-Aussagen abgeändert erscheinet, daran liegen, in die Kenntniß zu kommen, ob bey Erklärung des letzten Willens auch alle gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind, und da eine unbeeidete Zeugen-Aussage auch noch keine Beruhigung über die Wahrheit ihres Inhaltes gewährt, daß diese Aussagen beschworen werden. — Es stehet daher jedem Interessenten frey, anzusuchen, daß die Zeugen über die näheren Umstände, unter denen die Erklärung des letzten Willens geschehen ist, einvernommen, und auch angehalten werden, ihre Aussagen zu beschwören. Auch den in der mündlichen Anordnung eingesetzten Erben oder bedachten Legataren kann daran liegen, daß diese letzte Willens-Erklärung gleich außer Zweifel gesetzt und mit Beeidigung der Zeugen nicht so lange zugewartet werde, bis sie sich vielleicht nicht mehr auf alle Umstände erinnern können.

3) Zur Herstellung des Beweises ist es genug, daß wenigstens noch zwey der beygezogenen Zeugen die mündliche Anordnung zu bekräftigen im Stande seyen, obschon der dritte Zeuge, etwa des früheren Absterbens wegen oder aus anderen Ursachen, nicht mehr vernommen werden kann. — Was ist aber dann Rechtens, wenn nur ein zeitweiliges Hinderniß der Vernehmung des dritten Zeugen im Wege steht? — Z. B. dieser befinde sich auf einer Reise. — Ich glaube, daß durch die übereinstimmende Aussage dieser zweyen Zeugen, die durch sie veroffenbarte letzte Willens-Erklärung in so lange als rechtsgültig angesehen werden müsse, bis nicht nachgewiesen wird, daß das der Abhörung des dritten Zeugen entgegen gestandene Hinderniß gehoben sey. — Käme daher die Verlaß-Abhandlung bis zur gerichtlichen Einantwortung, so müßte die Verlassenschaft den in der mündlichen, durch zwey Zeugen einstimmig bestätigten Anordnung, ernannten Erben ohne weiters eingeantwortet werden, wenn nicht die Intestat-Erben oder der in einer früheren Anordnung eingesetzte Testaments-Erbe vor der Einantwortung auswiese, daß die Einvernehmung des dritten Zeugen nunmehr möglich sey; in welchem Falle aber mit der Einantwortung bis zur Abhörung dieses Zeugen zugewartet werden müßte. — Würde

nun die Aussage dieses dritten Zeugen in Ansehung dieser Erbes-Einsetzung mit den früheren beyden Zeugen-Aussagen im Widerspruche seyn, so würde dadurch die Rechtskräftigkeit dieser letzteren offenbar zerfallen. — Was wäre aber wohl in dem Falle Rechtens, wenn die Aussage dieses letzteren Zeugen dahin lautete: daß er sich wegen Länge der Zeit an den Inhalt dieser letztwilligen Anordnung nicht mehr erinnern könne? — oder daß wegen inzwischen ausgestandener Krankheit sein Gedächtniß so geschwächt worden sey, daß er die an ihn, in Bezug auf die letztwillige Anordnung, gestellten Fragen nicht mehr zu beantworten wisse? — Ich glaube, daß in einem solchen Falle die auch nur von zwey Zeugen bestätigte letzte Willens-Erklärung als vollkommen rechtskräftig angesehen werden müsse. — Denn die Aussage eines Zeugen, die dahin hinausgehet, daß sich derselbe an die Umstände, worüber er Zeugenschaft ablegen soll, nicht mehr zu erinnern wisse, ist so viel, als keine Zeugen-Aussage; — und da sich die Vergessenheit des Zeugen eben in dem Hindernisse, welches der früheren Vernehmung desselben entgegen stand, gründet, so ist es eben so viel, als ob dieses Hinderniß der Vernehmung des Zeugen fortwährend bestehe.

4) Aus dem Gesagten folgt aber keineswegs, daß auch zur Förmlichkeit einer mündlichen letzten Anordnung ebenfalls die Beyziehung zweyer Zeugen hinreiche. — Sind nur zwey Zeugen zugezogen worden, so kann die Anordnung als eine unförmliche bestritten (§. 585), und auf die Nichtigerklärung derselben gedrungen werden (§. 601). Um so minder hätte der Beweis einer mündlichen Anordnung durch einen Zeugen und den Erfüllungseid Statt. — Auch müssen alle drey Zeugen fähige Zeugen seyn; wäre der dritte Zeuge z. B. eine Frauensperson oder ein Jude, so würde die letzte Anordnung, wenn sie bestritten würde, für ungültig erklärt werden müssen, wenn auch die übrigen zwey Zeugen vollkommen fähig wären, und das Gewicht der dritten Zeugen-Aussage selbst noch durch Anerbiethung des Erfüllungseides verstärkt werden wollte.

5) Eine förmliche schriftliche Anordnung besteht in einer vollen Glauben verdienenden Privat-Urkunde, worüber, wenn

auch alle unterfertigte Zeugen bereits verstorben wären, kein weiterer Beweis (als allenfalls der widersprochenen Echtheit der Unterschrift des Erblassers oder der Zeugen) verlangt werden kann. — Obschon ich durch Wiederhohlung dieser in dem Zeiller'schen Commentare enthaltenen Bemerkung derselben hiermit vollkommen beytrete, kann ich mich doch von der weiteren Bemerkung nicht überzeugen, daß nähmlich derjenige, welcher die Echtheit der Unterschrift widerspricht, als Kläger auftreten, und selbe durch die in der Gerichtsordnung vorgezeichneten Mittel bestreiten müsse, worunter auch allenfalls das Beweismittel gehöre, daß er die unterfertigten Zeugen vielmehr als Zeugen für sich, nähmlich als Zeugen der Unechtheit aufführe, und zu dem Ende die angemessenen Beweisartikel einlege. Warum soll bey Testamenten eine Ausnahme von dem in der allgemeinen Gerichtsordnung aufgestellten Grundsatze gemacht seyn, daß bey einem vorkommenden Widerspruche derjenige, der die Echtheit der Urkunde behauptet, den Beweis liefern müsse? — Daß die Verfasser des österreichischen Civilgesetzbuches von diesem in der allgemeinen Gerichtsordnung enthaltenen Grundsatze bey Testamenten keine Ausnahme machen wollten, gehet selbst aus dem Zeiller'schen Commentare §. 578, Nr. 1, hervor, wo dieser verewigte Commentator die Bedenklichkeiten anführt, die bey der Berathung über das bürgerliche Gesetzbuch, gegen die Rechtsgültigkeit der bloß von dem Erblasser unterschriebenen Testamente, erregt wurden, und zugleich angibt, daß diese Bedenklichkeiten unter anderen durch die Gegenbemerkung entkräftet wurden, daß nach dem Systeme der Gerichtsordnung gegen die Einwendung der Unechtheit dem, der die Echtheit behauptet, ohnehin der oft sehr schwere, und der richterlichen Beurtheilung überlassene Beweis der Echtheit der Handschrift obliege. Ich zweifle zwar nicht, daß bey vorliegenden zweyen Erbserklärungen, deren eine von dem Intestat-Erben, die andere aber von dem in einem mit allen äußeren Förmlichkeiten versehenen Testamente eingesetzten Erben überreicht ist, ersterer von dem Richter angewiesen werden wird, als Kläger aufzutreten. Dieses wird aber lediglich zur Folge haben, daß der Intestat-Erbe seine Klage gegen

den Testaments-Erben richtet, und in selber seinen eigenen Erbrechtstitel, auf den sich auch seine Erbserklärung stützet, ausweiset; hat er dieses gethan, so liegt dann dem geklagten Testaments-Erben ob, den Grund der Klage dadurch zu entkräften, daß er durch Vorlage des Testamentes darthue, der Erblasser habe ihn zum Erben eingesetzt; es sey also nach §. 727 d. b. G. B. der Fall der gesetzlichen Erbfolge nicht vorhanden: hierauf wird der Kläger gegen den factischen Grund der Einrede behaupten, daß das vorliegende Testament ungültig sey, weil er widersprechen müsse, daß z. B. die Unterschrift die eigenhändige des Erblassers sey; nun wird dem Testaments-Erben obliegen, in der Duplik durch Vergleichung der Handschriften, oder durch Anerbiethung des Zeugenbeweises mittelst der in dem Testamente unterfertigten Zeugen die Echtheit der Unterschrift des Erblassers zu beweisen.

§. 587.

3) der gerichtlichen.

Der Erblasser kann auch vor einem Gerichte schriftlich oder mündlich testiren. Die schriftliche Anordnung muß von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben seyn, und dem Gerichte persönlich übergeben werden. Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beygerückt seyn müsse, aufmerksam zu machen; dann den Aufsatz gerichtlich zu versiegeln, und auf dem Umschlage anzumerken: wessen letzter Wille darin enthalten sey. Ueber das Geschäft ist ein Protocoll aufzunehmen, und der Aufsatz, gegen Ausstellung eines Empfangscheines, gerichtlich zu hinterlegen.

1) Von der außergerichtlichen Erklärung des letzten Willens (§. 578 — 586) unterscheidet sich, wie von Zeiller bemerkt, die gerichtliche fast einzig darin, daß selbe, weil sie unter öffentlicher Authorität, von Gerichtspersonen aufgenommen wird,

eine geringere Anzahl von Zeugen fordert. Aus den Worten des Gesetzes: „der Erblasser könne auch vor einem Gerichte testiren," gehet deutlich hervor, was schon bey Erläuterung des §. 569 berührt worden ist, daß die gerichtliche Willens-Erklärung nicht nothwendig vor dem ordentlichen Gerichtsstande des Erblassers geschehen müsse, weil dieses oft in dringenden Fällen nicht möglich ist. — Indessen dürfte die weitere Bemerkung Zeiller's, daß ein Erblasser, der in seinem ordentlichen Wohnorte ohne Grund vor einem andern Gericht testiren wollte, mit Recht an seinen ordentlichen Gerichtshof gewiesen werden würde, keinem Zweifel unterliegen. Ein hinreichender Grund wäre allerdings in dem Falle vorhanden, wenn der ordentliche Gerichtsstand in einer weiteren Entfernung seinen Sitz hätte, als das Gericht, wo der Erblasser testiren wollte.

2) Die schriftliche Anordnung wird, nachdem sie schon von dem Erblasser außergerichtlich eigenhändig geschrieben, und unterschrieben, oder wenigstens das letztere geworden ist, dem Gerichte zur sicheren Verwahrung (gegen Gefahr der Unterdrückung, Vernichtung oder Verfälschung) übergeben. Den Inhalt der Anordnung hat das Gericht eben so wenig, wie bey einem außergerichtlich errichteten schriftlichen Testamente die Zeugen, zu wissen nothwendig. Herr Hofrath von Zeiller bemerkt dabey in seinem Commentare, daß der Erblasser vielmehr gegen die Gefahr der Bekanntwerdung vorsichtiger handle, wenn er die Anordnung versiegelt überreicht. — In diesem Falle ist es aber zur Vermeidung eines allfälligen Zweifels, der aus der Analogie des §. 579 gegen die Glaubwürdigkeit der letzten Anordnung erregt werden könnte, räthlich, wenn er das Petschaft auf der Urkunde selbst, und nicht auf einen Umschlag derselben, anbringt, weil durch ersteres für die Zukunft jeder Zweifel entfernt wird, daß die Urkunde die nähmliche sey, deren Echtheit der Erblasser bekräftiget hat.

3) Der Erblasser muß die Urkunde dem Gerichte persönlich übergeben. — Denn die Gerichtspersonen sollen hier die bey einem außergerichtlich errichteten schriftlichen Testamente erforderliche Anzahl von Zeugen vertreten. So wie nun bey diesem der Erblasser persönlich in Gegenwart der Zeugen den

Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen muß, so muß er dieses hier in Gegenwart der Gerichtspersonen thun. — Die Ueberbringung eines Testamentes durch einen Bevollmächtigten findet daher hier um so weniger Statt, als die letzte Anordnung dadurch leicht vertauscht oder verfälscht werden könnte. Das Gericht muß sich aus dem Munde des Erblassers überzeugen, daß die überbrachte Urkunde seinen wahren Willen enthalte. — Es scheint zwar, daß dem Erblasser, dem eigentlich nur an der sicheren Aufbewahrung seines Testamentes gelegen ist, nicht benommen sey, dasselbe bey Gericht durch einen Bevollmächtigten übergeben zu lassen; allein in diesem Falle behält die Urkunde die Eigenschaft eines außergerichtlichen Testamentes bey, und ist nach den dießfälligen Vorschriften zu beurtheilen.

4) Es genügt aber nicht, daß der Erblasser seine letzte Anordnung persönlich dem Gerichte übergebe; er muß sie nebstdem eigenhändig unterschreiben. — Es ist räthlich, daß der Erblasser seine Unterschrift in Gegenwart der Gerichtspersonen eigenhändig beyrücke, damit jeder in der Folge vorkommende Widerspruch und jede Bestreitung der eigenhändigen Unterschrift unkräftig gemacht werde. — Die Vorschrift, daß das Gericht den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beygerückt seyn müsse, aufmerksam zu machen habe, ist eine kluge Vorsicht, betrifft aber, wie es in der Natur der Sache liegt, und aus dem §. 601 deutlicher hervorgeht, keine wesentliche Förmlichkeit eines gerichtlichen Testamentes. Der Gesetzgeber bezweckte durch diese Anordnung offenbar, daß keine wesentliche Förmlichkeit vernachlässiget werde; keineswegs wollte er aber die wesentlichen Förmlichkeiten dadurch vermehren. — Es entsteht die Frage: ob in dem Falle, als der Erblasser die Richtigkeit seiner Unterschrift bestätigte, selbe aber doch in der Folge von den Intestat-Erben angefochten würde, diese Anfechtung von einer rechtlichen Wirkung sey? Wenn der Erblasser selbst vor Gericht bestätiget, daß die in der überbrachten Urkunde vorkommende Unterschrift seine eigenhändige Handschrift sey, so verdienet diese vor Personen, denen allerdings daran gelegen ist, die Wahrheit zu erfahren (indem sie von dem Gesetzgeber durch die gegenwär-

tige Anordnung ausdrücklich angewiesen sind, darüber zu wachen, daß des Erblassers eigenhändige Handschrift beygesetzt sey, und ihn sohin in dem Falle, als er auf ihr Befragen dieses verneinen würde, ohne Zweifel anweisen müßten, seine Unterschrift beyzurücken), gemachte Angabe, als ein außergerichtliches Geständniß, allen Glauben; woraus folgt, daß derjenige, der dessenungeachtet die Echtheit der Unterschrift bestreiten würde, sich mit einem bloßen Widerspruche nicht begnügen dürfte, sondern wirkliche Gegenbeweise dagegen vorbringen müßte, zu welchen er allerdings zuzulassen wäre.

5) Der gegenwärtige §. fordert ausdrücklich die eigenhändige Unterschrift des Erblassers, aber er meldet nichts von dem Falle, was zu thun sey, wenn der Erblasser des Schreibens unkundig ist. — Allein es scheint kein Zweifel zu seyn, daß in einem solchen Falle die Analogie des §. 580 in Anwendung zu kommen habe, und sohin der des Schreibens unkundige Erblasser sein Handzeichen in Gegenwart der zwey Gerichtspersonen eigenhändig beysetzen müsse. Ist der Erblasser auch des Lesens unkundig, so erübrigt ihm nichts, als seinen letzten Willen mündlich vor Gericht zu erklären.

6) Die Urkunde wird dann, obschon sie bereits von dem Erblasser versiegelt überbracht wurde, auch noch gerichtlich versiegelt, und zur Vorsicht gegen eine voreilige, unvorsichtige Eröffnung, wie auch zur leichteren Auffindung im Eröffnungsfalle, auf den Umschlag angemerkt, daß die darin verschlossene Urkunde den letzten Willen des mit Tauf- und Zunahmen zu bezeichnenden Erblassers enthalte. — Auch diese auf dem Umschlage zu pflegende Anmerkung ist eine bloße Vorsichtsmaßregel und keine wesentliche Förmlichkeit; der Mangel dieser Anmerkung kann aber selbst in manchen Fällen, seiner Wirkung nach, dem Mangel einer wesentlichen Förmlichkeit gleichkommen. Dieses wäre z. B., wenn die Urkunde von dem des Schreibens unkundigen Erblasser nur mit seinem Handzeichen versehen worden wäre, und aus dem Inhalte der Urkunde nicht mit Zuverlässigkeit zu entnehmen wäre, daß sie von diesem bestimmten Erblasser herrühre.

7) Ueber den ganzen Act ist sodann ein Protocoll aufzunehmen, und von den Gerichtspersonen zu unterfertigen. In diesem Protocolle ist ohne Zweifel, nach Weisung des §. 590, der Ort, Tag und das Jahr um so mehr beyzurücken, als daraus, wie bereits von Zeiller bemerkt hat, im Falle mehrerer theils außergerichtlichen, theils gerichtlichen Anordnungen, der wichtige Umstand, welche früher oder später errichtet worden (§. 713 — 715), zu entscheiden ist. Indessen gehört diese Beyrückung, wie im §. 578 ausdrücklich erwähnt ist, keineswegs zu den wesentlichen Förmlichkeiten, deren Vernachlässigung die Anordnung ungültig machen würde. — Es ist möglich, daß die von dem Erblasser zu Gericht gebrachte letztwillige Anordnung, weil er sie schon früher gemacht hatte, auch mit einem früheren Datum versehen seye; doch ist nach der Natur der Sache nicht dieses Datum, sondern der Tag, an welchem er die Anordnung dem Gerichte überbrachte, hier zu berücksichtigen; dergestalt, daß, wenn der Erblasser erst nach dem Tage, als das Datum der überbrachten schriftlichen Urkunde lautet, aber noch vor dem Tage der Ueberreichung ein anderes Testament gemacht hätte, dieses eben durch die Uebergabe der früheren Urkunde, welche dadurch neu in das Leben tritt, als widerrufen anzusehen wäre.

8) Ist das Protocoll aufgenommen, so ist dasselbe sowohl als die Urkunde gerichtlich zu hinterlegen, und dem Erblasser hierüber ein Empfangsschein hauptsächlich zu dem Ende zuzustellen, damit die nach dem Tode des Erblassers zur Vornahme der Sperre abgeordnete Gerichtsperson (§. 798) oder die vermeintlichen Erben dadurch Kenntniß von der Existenz der gerichtlichen Willens-Erklärung erlangen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Erblasser seine bey Gericht hinterlegte Urkunde wieder zurücknehmen, und mit selber nach Willkühr verfügen könne. — Das Gericht wird auch über diesen Act ein förmliches Protocoll aufnehmen, und sich den ausgefertigten Empfangsschein zurückstellen lassen. Ob eine solche Zurücknahme an und für sich als ein Widerruf anzusehen sey, kömmt bey Erläuterung des §. 721 vor.

§. 588.

Will der Erblasser seinen Willen mündlich erklären; so ist die Erklärung in ein Protocoll aufzunehmen, und dasselbe eben so, wie in dem vorhergehenden §. von dem schriftlichen Aufsatze gemeldet worden ist, versiegelt zu hinterlegen.

1) Bey der gerichtlichen Aufnahme einer mündlichen letzten Anordnung muß das Gericht, wie von Zeiller bemerkt, vor allem besorgt seyn, daß in der Person des Erblassers kein Irrthum unterlaufe (§. 585), daß seine Person bestimmt bezeichnet, daß der von einem fähigen Erblasser erklärte Wille (§§. 564 — 576) genau und vollständig gefaßt, und eben so ohne verdächtige Nachbesserungen oder Ueberschreibungen (Correcturen) im Protocolle niedergeschrieben werde. — Es ist daher räthlich, daß der Richter, bevor er die Aufnahme des Protocolls beginnt, sich von dem Erblasser genau seine Willens-Meinung erklären lasse, und sich allenfalls die besonderen Puncte notire, damit bey der förmlichen Aufnahme des Protocolles nichts übersehen werde. — Dieses in der gehörigen Form (mit der Unterschrift des Erblassers, oder in so fern er des Schreibens unkundig ist, mit seinem Handzeichen, dann den Unterschriften der Gerichtspersonen, und der Beyrückung des Ortes- und des Datums) abzufassende Protocoll ist zur Geheimhaltung des letzten Willens versiegelt, mit obiger Anmerkung auf dem Umschlage (§. 587), zu hinterlegen. — Dem Erblasser steht frey, sein Siegel beyzudrücken, und ein Zeugniß über den gerichtlichen Act zu verlangen [1]).

2) Es geschieht öfters, daß der Erblasser diejenigen Puncte seines letzten Willens, von welchen er will, daß sie in das Protocoll genommen werden sollen, früher selbst auf einem Papier niederschreibt, und den Aufsatz dann zu Gericht bringt. Erscheint nun der Erblasser mit einem solchen unversiegelten Aufsatze vor Gericht, so ist derselbe von dem Richter zu befragen:

1) Siehe Zeillers Commentar.

ob er diesen Aufsatz als ein schriftliches Testament gelten machen wolle, oder ob der Aufsatz nur die Puncte enthalte, über die er mündlich testiren wolle. — In Gemäßheit dieser Erklärung hat nun der Richter entweder nach diesem oder dem vorhergehenden §. das Amt zu handeln.

§. 589.

Das Gericht, welches die schriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muß wenigstens aus zwey eidlich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen, deren Einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zusteht. Die Zeugenschaft der zweyten Gerichtsperson, außer dem Richter, können auch zwey andere Zeugen vertreten.

1) Jedes über einen gerichtlichen Act aufgenommene Protocoll pflegt ordentlicher Weise von derjenigen Gerichtsperson, der das Richteramt zustehet, einer andern Gerichtsperson als Actuar in die Feder dictirt zu werden. — Darum schreibt auch hier das Gesetz bey dem wichtigen Acte der Aufnahme eines mündlichen oder schriftlichen Testamentes dasjenige, was ordentlicher Weise ohnehin zu geschehen pflegt, als pflichtmäßig vor. — Es ist nicht genug, daß die eine vorzügliche Gerichtsperson für das Richteramt geprüft, und auch im Allgemeinen für dasselbe beeidet sey; das Gesetz fordert, daß derselben in dem Orte, wo das Testament aufgenommen wird, das Recht der Ausübung der Gerichtsbarkeit zukomme. — Ob übrigens derselben das Richteramt ausschließend allein oder (bey einem Collegial-Gerichte) vereinigt mit mehreren Anderen zustehe, ist gleichgültig. Es genügt daher bey einem Collegial-Gericht die Abordnung eines Rathes und Actuars, wenn es sich um Aufnahme eines Testamentes handelt. — Indessen fällt es in die Begriffe, daß es sich hier um Ausübung des Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen handle, und daß derjenige, dem, mit Ausschluß des Civilrichteramtes, die Ausübung der Criminal-Gerichtsbarkeit zustehet, zur Aufnahme eines Testamentes nicht competent sey.

2) Bey der zweyten Gerichtsperson wird keine andere Eigenschaft, als ihre Beeidigung erfordert. — Bey ganz kleinen Gerichten ist manchmahl außer dem Richter, wenigstens zeitweise, gar keine zweyte Gerichtsperson vorhanden. — In diesem Falle können auch zwey andere Personen, welche fähig sind, den letzten Willen des Erblassers zu bezeugen, anstatt dieser zweyten Gerichtsperson bey Aufnahme des Testamentes zugezogen werden, ohne daß sie speciell ad hunc actum beeidet werden müssen.

§. 590.

Im Nothfalle können die erst bestimmten Personen sich in die Wohnung des Erblassers begeben, seinen letzten Willen schriftlich oder mündlich aufnehmen, und dann das Geschäft mit Beysetzung des Tages, Jahres und Ortes zu Protocoll bringen.

1) Das öffentliche Ansehen, welches jedem Gerichte zukömmt, indem es die öffentliche Macht repräsentiret, und das daher Jedermann im Staate, ohne Unterschied des Ranges, respectiren muß, erheischt es, daß derjenige, der ein gerichtliches Testament machen will, sich selbst in den Ort verfüge, wo das Gericht seine Functionen ausübet. — Nur ein Nothfall, wie z. B. schwere Krankheit des Erblassers, entschuldigt von der persönlichen Erscheinung, und nur in einem solchen Falle gestattet das Gesetz den Gerichtspersonen, in der Wohnung des Erblassers ihre Functionen auszuüben. Wäre aber die Krankheit des Erblassers mit Gefahr der Ansteckung für andere Personen verbunden, so könnten auch in diesem Falle die Gerichtspersonen nicht verpflichtet geachtet werden, sich in die Wohnung des Erblassers zu begeben, indem der Erblasser seinen letzten Willen auch durch ein außergerichtliches mündliches Testament zur Realisirung bringen kann, folglich der Fall der Noth nicht vorhanden ist, daß sich die Gerichtspersonen der Gefahr der Ansteckung aussetzen. — Nur in dem Falle, als der Erblasser das achtzehnte Jahr seines Lebens noch nicht zurückgelegt hätte, dürfte diese Behauptung etwa beanständet werden, weil eine solche Person unfähig

ist, ein außergerichtliches Testament zu machen. — Allein auch in diesem Falle kann bey einer wahrscheinlichen Gefahr der Ansteckung den Gerichtspersonen die Erscheinung nicht wohl füglich aufgebürdet werden. — Nur hätten dieselben, um seiner Zeit wegen der Verweigerung der Erscheinung nicht in Verantwortung zu kommen, sich über die wirkliche Gefahr der Ansteckung ärztliche Zeugnisse zu verschaffen.

2) Das über die schriftliche oder mündliche Erklärung eines letzten Willens aufgenommene Protocoll macht, zu Folge der Gerichtsordnung, als eine öffentliche Urkunde einen vollständigen Beweis, der zwar gleich anderen öffentlichen Urkunden durch einen Gegenbeweis bestritten, wobey aber auf keine eidliche Abhörung der Gerichts-Personen, wie bey Zeugen einer außergerichtlichen letzten Anordnung (§. 586) gedrungen werden kann [1]). Es entsteht übrigens hier die Frage: ob die Beysetzung des Tages, Jahres und Ortes zu den wesentlichen Förmlichkeiten eines solchen Testamentes gehöre, oder nicht? — Für die bejahende Beantwortung dieser Frage scheinet der Umstand zu streiten, daß bey außergerichtlichen schriftlichen Testamenten die Beysetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, im §. 578, ausdrücklich bloß angerathen, und als eine unwesentliche Förmlichkeit erkläret wird, während im gegenwärtigen §. die Beysetzung des Datums und Ortes ausdrücklich angeordnet, sohin nicht bloß der bloßen Vorsicht überlassen wird. — Diese Ansicht scheint durch die Vergleichung des gegenwärtigen Gesetzbuches mit dem gallizischen noch mehr bekräftiget zu werden; denn dieses enthält §. 385 2. Theil wörtlich eben jene Bestimmung, wie sie der gegenwärtige §. ausspricht, und wenn man diesen §. 385 mit den §§. 373 u. 396 des nähmlichen Gesetzbuches zusammenhält, so ist kein Zweifel, daß die in dem ersteren §. angeordnete Beysetzung des Tages, Jahres und Ortes zur Gültigkeit eines Testamentes erforderlich seye. — Diesem steht auch der §. 601 nicht entgegen, welcher bloß die Nichtbeobachtung der dem Erblasser zu besorgen obliegenden Erforder-

1) S. Hofdecret vom 8. März 1791.

nisse mit der Rechtsfolge der Ungültigkeit der letzten Willens-Erklärung belegt, weil es allerdings auch Sache des Erblassers ist, zu besorgen, daß in das Protocoll alles dasjenige aufgenommen werde, was gesetzlich in dasselbe aufzunehmen verordnet ist. — Indessen halte ich doch die verneinende Beantwortung der obigen Frage für die richtigere. — Denn gerade der nähmliche Grund, der den Gesetzgeber bey Festsetzung der Vorsicht im §. 578 bewogen hat, die Beysetzung des Datums und des Ortes dem Erblasser bloß vorsichtsweise anzurathen, und selbe als eine unwesentliche Förmlichkeit zu erklären, tritt auch bey der gegenwärtigen gesetzlichen Bestimmung ein. Richtig ist es zwar, daß in dem gegenwärtigen §. die Beysetzung des Datums und des Ortes nicht bloß, wie im §. 578, angerathen, sondern wirklich anbefohlen ist; allein dieser Befehl geht eigentlich das Gericht, aber nicht den Erblasser an; darum kann wohl wegen Außerachtlassung dieser anbefohlenen Form das Gericht verantwortlich werden, aber der Erblasser kann hier um so weniger mit der Rechtswirkung, der Ungültigkeit seiner Erklärung, bey Vernachlässigung dieser Form bedroht seyn, als dieses nicht einmahl dann der Fall ist, wenn er das Testament eigenhändig schreibt und unterschreibt. Die Beysetzung des Datums und Tages gehört überhaupt zur Form jedes gerichtlichen Protocolles, und sohin auch um so mehr zur Form eines über eine letzte Willens-Erklärung aufgenommenen Protocolles, wo durch diese Beysetzung Streitigkeiten über die Gültigkeit des einen oder anderen Testamentes hintangehalten werden können, und es eine vorzügliche Pflicht des Richters bey den Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit ist, möglichen Streitigkeiten vorzubeugen. Darum wurde auch bey Erläuterung des §. 587 bemerkt; daß der Richter dem Protocolle das Datum und den Ort der Ausstellung beyzusetzen habe. — Gewiß würde es aber Niemanden einfallen, bey Vernachlässigung dieser Beysetzung im Falle der §§. 587 u. 588 das gerichtliche Testament für ungültig zu erklären, weil der Gesetzgeber schon oben §. 578 diesen Beysatz als unwesentlich erkläret hat, und in jenen §§. das Gegentheil nicht angeordnet ist. — Nun läßt sich wirklich gar kein Grund ein-

sehen, warum im gegenwärtigen Falle, wo sich die Gerichtspersonen zur Aufnahme des Testamentes in die Wohnung des Erblassers begeben, diese Beyrückung wesentlicher seyn soll, als wenn die Aufnahme des Testamentes im Gerichtsorte selbst geschieht. — Die Vergleichung des westgalliziſchen Gesetzbuches mit dem gegenwärtigen muß die Richtigkeit dieser Ansicht viel mehr bestätigen als widerlegen. Denn zu Folge der Bestimmung des §. 373 2. Theils des ersteren ist es selbst dem Erblasser zur Pflicht gemacht, den Tag, das Jahr und den Ort seines gegenwärtigen Aufenthaltes unter das Testament zu setzen, um so mehr ist dieses §. 385 bey Aufnahme des letzten Willens in ein Protocoll den Gerichtspersonen auferlegt, und da der §. 396 dann anordnet, daß letztwillige Verordnungen nur in so fern gültig seyen, als die eben bestimmte Form und Erfordernisse dabey beobachtet werden, so ist es wohl kein Zweifel, daß die Nichtbeobachtung dieses Erfordernisses sowohl in dem einen als dem anderen Falle die letztwillige Anordnung ungültig mache. — Allein das gegenwärtige Gesetzbuch beläßt es wohl bey der Verpflichtung des Gerichtes, das Datum und den Ort beyzusetzen, befiehlt aber diese Beobachtung nicht auch dem Erblasser, und erklärt nur die letztwillige Anordnung dann für ungültig, wenn der Erblasser Eines der vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht (was aber eben hier auf Seite des Erblassers der Fall ist) überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat.

3) Daß die bey Aufnahme einer letzten Willens-Erklärung fungirenden Gerichts-Personen durch die bloße Fertigung des Protocolls die volle Glaubwürdigkeit herstellen, und eine eidliche Abhörung derselben nicht Platz greife, ist schon oben (Nr. 2) erwähnt worden. Wie aber, wenn anstatt der zweyten Gerichtsperson zwey andere Zeugen beygezogen werden (§. 589), können die Interessenten die Beeidigung dieser Zeugen fordern? — Da die beyden zugezogenen Zeugen die Stelle der beeidigten zweyten Gerichts-Person vertreten, so scheint eine eidliche Aussage um so weniger gefordert werden zu können, als die Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorleuchtet, daß der Mangel der beeideten Gerichts-Person, durch die vermehrte Anzah

von zweyen Zeugen ersetzt werden sollte. — Zudem ist hier zu berücksichtigen, daß auch bey vor Gericht gemachtem mündlichen Testamente über den Inhalt desselben ein Protocoll, folglich eine Urkunde errichtet wird, wodurch sohin eine gerichtliche, mündliche letztwillige Anordnung viel mehr mit einer außergerichtlich schriftlichen als mündlichen Anordnung gemein hat.

4) Uebrigens stehen, wie schon Herr Hofrath von Zeiller bemerkte, auch gegen ein gerichtliches Testament oder Codicill alle Einwendungen der Unfähigkeit der Erben (§§. 538—546), der nicht beobachteten inneren Form (§§. 565 — 576) oder der Pflichtwidrigkeit (§§. 762 — 783) offen. — Ueberhaupt hat eine gerichtliche Erklärung des letzten Willens, der Regel nach (§. 569), keine größere Wirkung, als eine außergerichtliche, und kann, so wie die letztere, eingeschränkt oder aufgehoben werden.

§. 591.

Unfähige Zeugen bey letzten Anordnungen.

Die Mitglieder eines geistlichen Ordens, Jünglinge unter achtzehn Jahren, Frauenspersonen[1]), Sinnlose, Blinde, Taube oder Stumme, dann diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, können bey letzten Anordnungen nicht Zeugen seyn.

1) Bey einem Testamente, welches nicht eigenhändig geschrieben ist, müssen die Zeugen-Unterschriften die Glaubwürdigkeit ersetzen, die sonst aus der eigenen Handschrift des Erblassers hervorgehet. — Es muß daher dafür gesorgt werden, daß nur solche Zeugen beygezogen werden, welche fähig sind, die Wahrheit der Thatumstände, worauf es hier ankömmt, zu bestätigen, und die auch den Willen dazu haben. — In ersterer Hinsicht müssen die Zeugen mit jenen gesunden, organischen Werkzeugen versehen seyn, womit sie die Thatumstände wahrnehmen, und in der Folge bezeugen sollen; und sie müssen die Geistesfähigkeit besitzen, die Umstände genau aufzufassen, sie zu combiniren,

1) Die verbesserte Textirung dieses §. gründet sich auf das Justiz-Hofdecret vom 2. Oct. 1818, und auf den §. 591, wie er in der Justiz-Gesetz-Sammlung erscheint.

und ein richtiges Urtheil zu fällen. In der zweyten Beziehung soll weder aus dem vorigen Lebenswandel, noch aus dem Charakter, Stande oder Verhältnisse der Zeugen, noch aus der Betrachtung eines für sie entspringenden unmittelbaren Nutzens oder Schadens ein gegründetes Besorgniß über ihre Unbescholtenheit und Unbefangenheit hervorgehen [1]).

2) Das Gesetz benennt hier zuvörderst die Mitglieder eines geistlichen Ordens als unfähige Zeugen. Die Gesetzgebung befürchtet, daß der zu große Eifer derselben, die Güter der Kirche oder anderer zu frommen Zwecken bestimmten Stiftungen zu vermehren, sie dazu verleiten könne, sich als Zeugen letzter Willens-Erklärungen zu unterfertigen, ohne sich von der Ernstlichkeit des Willens des Testators überzeugt zu haben. Wenigstens hat die Erfahrung gezeigt, daß dießfalls Beschwerden gegen die Geistlichkeit überhaupt, besonders aber gegen die Mitglieder eines geistlichen Ordens entstanden sind, welchen durch diese Ausschließung für immer vorgebeugt werden solle. — Von dieser Anordnung sind auch die auf Curatien der Seelsorge ausgesetzten Religiosen nicht ausgenommen; ist aber ein ehemahliger Religios durch ein päpstliches Breve ordentlich als Weltpriester säcularisirt worden, so steht seiner Zeugenschaft kein Hinderniß entgegen [2]).

3) Mit dem zarten Alter ist ohne Zweifel Leichtsinn, Unaufmerksamkeit und Unreife des Verstandes und Schwäche der Urtheilskraft verbunden, welche solche Personen zu einer Zeugenschaft untauglich macht. — Darum erklärt hier das Gesetz Jünglinge unter achtzehn Jahren für unfähige Zeugen. Freylich sind die Fähigkeiten der Menschen verschieden, und daher gibt es ohne Zweifel jüngere Personen, welche, in Ansehung der Fähigkeit, Zeugenschaft zu geben, älteren Personen an die Seite gesetzt, ja selbst vorgezogen werden können. — Allein die Gesetzgebungsklugheit fordert es, hier mit einem cathegorischen Imperative durchzugreifen, und in Ansehung der Fähigkeit, als Zeuge gebraucht zu werden, ein bestimmtes Alter ausnahmslos festzusetzen.

---

1) Siehe Zeillers Commentar §. 191, Nr. 1.

2) Vergl. Hofdecret vom 20. May 1785; J. G. S. Nr. 433.

— Mit dem hohen Alter pflegen gewöhnlich aber jene Geistesgebrechen einzutreten, die wir bey dem kindlichen Alter wahrnehmen; dessenungeachtet erwähnt unser Gesetz desselben nicht, weil ein hoher Grad von Geistesschwäche, wie er sich im kindlichen Alter veroffenbaret, mit einer bestimmten Anzahl von Lebensjahren, der Erfahrung gemäß, nicht wohl präsumirt werden kann; allein wäre eine solche Gebrechlichkeit im einzelnen Falle erweislich, oder wegen des langen Zeitverlaufes sogar dringend wahrscheinlich, so gehört ein solcher Mensch ohne Zweifel unter jene Zeugen, von denen der §. 140 der allg. G. O. sagt, daß sie die Wahrheit ungezweifelt nicht können erfahren haben, und sie daher unter die ganz verwerflichen Zeugen rechnet [1]). Solche Zeugen müssen aber der Natur der Sache nach, obschon das Gesetzbuch von ihnen keine ausdrückliche Erwähnung macht, auch als unfähige Testaments-Zeugen angesehen werden.

4) Frauenspersonen werden von dem Gesetze überhaupt als unfähige Testaments-Zeugen erklärt, obschon die Gerichtsordnung, in Ansehung der Fähigkeit zu Zeugenschaften, zwischen Frauens- und Mannspersonen keinen Unterschied macht. — Allein es ist ohnehin auch bey anderen Rechtsgeschäften ungewöhnlich, Frauenzimmer als Zeugen beyzuziehen, und insbesonders wird wohl selten der Fall vorkommen, daß sich Frauenzimmer in schriftlichen Urkunden als Zeugen unterfertigen. — Bey intabulationsfähigen Urkunden wird ausdrückich gefordert, daß der Zeuge männlichen Geschlechtes seyn müsse (§. 434). Da Frauenspersonen, der Regel nach, die gehörige Fähigkeit nicht besitzen, um Rechtsgeschäfte zu beurtheilen, und daher auch, wie erwähnt worden, zu selben nicht beygezogen zu werden pflegen, — so waren sie schon nach der früheren Gesetzgebung von solchen Zeugenschaften ausgeschlossen, und man fand keinen Grund, von der vorigen Bestimmung abzugehen, besonders, da sie im Falle der Noth ohnehin als Zeugen zugelassen werden (§. 597).

5) Diejenigen, welchen die Sinne mangeln, wodurch eine sichere Wahrnehmung der zu einen gültigen letzten Willen gehö-

1) Siehe des Herrn Vicepräsidenten, Ritter von Protobevera, Materialien, 1. B., S. 225.

rigen Erscheinungen, oder ihre Aufbewahrung in der Erinnerung, oder die Mittheilung vor Gericht gehindert wird, sind ganz natürlich unfähig, als Zeugen eines letzten Willens verwendet zu werden. — Dem Zustande der Sinnenlosigkeit, welcher seiner wörtlichen Bedeutung nach den gänzlichen Abgang oder die Krankheit der Sinnenwerkzeuge voraussetzt, muß auch derjenige Zustand gleich gehalten werden, in welchem die an und für sich gesunden Sinnenwerkzeuge in ihren Functionen gehindert sind. So ist es z. B. einerley, ob der Zeuge wegen Mangel oder Krankheit der Organe des Gesichtes die Person des Erblassers nicht wahrnehmen kann, oder ob der Erblasser seinen letzten Willen im Finsteren erkläret, wo die gesundesten Augen denselben nicht wahrnehmen können. Eine ähnliche Wirkung bringt weite Entfernung, Zerstreuung, Lärmen, Betäubung, Schrecken u. s. w. hervor. Den physischen Mängeln der Sinnenwerkzeuge sind auch die der Gemüthsbeschaffenheit beyzugesellen, welche ursprünglich die getreue Wahrnehmung und deren Aufnahme in das Bewußtseyn hindern, z. B. Trunkenheit, schwere Krankheit, körperliche Schmerzen, hoher Affect, Blödsinn und Wahnsinn. Daß indessen solche Gebrechen nicht vermuthet werden, sondern von demjenigen, welcher die Gültigkeit des Testamentes bestreitet, erwiesen werden müssen, versteht sich von selbst.

6) Insbesonders sind Blinde unfähig, als Zeugen zu letzten Willens-Erklärungen verwendet zu werden, weil sie ihr Zustand ganz vorzüglich außer Stand setzt, sich zu überzeugen, daß in der Person des Erblassers kein Irrthum obwalte. — Daß Taube bey mündlichen Anordnungen unfähige Zeugen seyen, springt wohl in die Augen; aber auch bey schriftlichen Testamenten muß ja der Erblasser vor den Zeugen den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. — Die Zeugen einer letzten Willens-Anordnung können also für keinen Fall des Gehörsinnes entbehren. Eben so begreiflich ist es, daß Stumme als Zeugen zu mündlichen Willens-Anordnungen nicht zuzulassen seyen, weil sie auf Verlangen der Interessenten ihre Aussage mündlich vor Gericht ablegen müssen. Dagegen scheint gegen ihre Anwendung als Zeugen zu schriftlichen Testamenten kein hinreichender Grund zu sprechen.

Allein, wenn auch der Fall seltener eintritt, so kann es sich doch ereignen, daß auch der Zeuge des schriftlichen Testamentes über den Zustand, in dem sich der Erblasser zur Zeit der Testaments-Errichtung befand, oder über den Umstand ob sämmtliche Zeugen zu gleicher Zeit anwesend waren, ob der Erblasser in ihrer Gegenwart das Testament unterfertigte u. s. w. mündliche Auskunft vor Gericht ertheilen muß, wenn nähmlich über die Gültigkeit des Testamentes ein Streit entstehet. Das Gesetz will nun, daß kein anderer Zeuge zu Testamenten beygezogen werde, als der auch im Benöthigungsfalle über diese Umstände abgehört werden kann.

§. 592.

Wer wegen Verbrechens des Truges oder eines anderen Verbrechens aus Gewinnsucht verurtheilt worden ist, kann nicht als Zeuge gebraucht werden.

1) Diese hier ausgesprochene, moralische Unfähigkeit des Zeugen beruht auf dem durch eigene positive Handlungen desselben erregten fortdauernden Mißtrauen, wenn es auch in einzelnen Fällen widerlegt werden könnte. — Die Größe des Verdachtes gegen den Zeugen ist immer nach den jeweilig geltenden Strafgesetzen zu beurtheilen; denn der Wille des Gesetzgebers knüpft stillschweigend an den allgemeinen positiven Begriff des Verbrechens das Merkmahl der Verwerflichkeit oder Bedenklichkeit des Zeugen, ohne die einzelnen verbothenen Handlungen aufzuzählen [1]). Wenn daher eine Veränderung in der Criminal-Gesetzgebung vor sich ginge, so wäre die Verwerflichkeit eines Zeugen nicht nach der gegenwärtigen, sondern nach der folgenden Criminal-Gesetzgebung zu beurtheilen.

2) Das Gesetz beschränkt die Unfähigkeit des Zeugen auf das Verbrechen des Betruges und seine mannigfaltige Arten, dann auf die Verbrechen, welche aus Gewinnsucht entspringen, z. B. Verfälschung der Credits-Papiere, Diebstahl, Veruntreuung, Raub, Mißbrauch der Amtsgewalt durch Bestechung. Diese

1) Siehe des Herrn Vicepräsidenten Ritter von Pratobevera Materialien 7. B., S. 224 und 225.

Triebfeder kann zwar auch bey anderen Verbrechen in einzelnen Fällen vorkommen, — allein es wird schwer für denjenigen seyn, der das Testament bestreitet, diese Triebfeder in den einzelnen Fällen nachzuweisen, da ihm die Einsicht der Untersuchungsacten nicht zu Gebothe steht, und nur aus den Untersuchungsacten selbst der legale Beweis der Triebfeder des Verbrechens geliefert werden kann. Andere Verbrechen erregen keinen so dringenden Verdacht der Neigung zur Lüge und Fälschung der Wahrheit. Das Nähmliche gilt von den geringeren Arten der Betriegereyen oder Vergehungen, deren Quelle Gewinnsucht ist, welche die Gesetzgebung als schwere Polizey-Uebertretungen oder einfache Polizey-Vergehen bestrafet.

3) Der gegenwärtige §. nimmt an, daß der Beschuldigte durch richterliches Erkenntniß wirklich verurtheilt, d. i. für schuldig erkannt worden ist, und zwar schon zur Zeit, als er zum Zeugen gebraucht wurde. Eine bloße Beschuldigung, ja selbst eine gemachte Criminal-Anzeige und eine hängende Untersuchung macht den Zeugen noch nicht unfähig. — Ist der Beschuldigte von Seite der ersten Instanz zwar verurtheilt, aber von ihm der Recurs gegen das Erkenntniß erster Instanz ergriffen worden; so ist seine Unfähigkeit bis zur Erlassung der höheren Entscheidung zweifelhaft. Wird das Urtheil der ersten Instanz bestätigt, so ist es auch klar, daß derselbe schon von dem Zeitpuncte der Publication des ersten Urtheiles an gerechnet, als ein unfähiger Zeuge anzusehen sey. Wird aber das Urtheil erster Instanz auf Erkennung der Schuldlosigkeit oder auch nur auf Aufhebung der Untersuchung, aus Mangel an rechtlichen Beweisen, abgeändert, so ist auch dadurch entschieden, daß er ein fähiger Zeuge war.

4) Die Verwerflichkeit des Zeugen hört nicht auf, wenn er seine Strafe überstanden hat, und nach dem §. 204 des 1. Th. des St. G. B. in seine bürgerlichen Rechte wieder eingetreten ist. — Die Präsumtion, daß sein Charakter durch die Strafe so gebessert worden sey, um wieder das Zutrauen zu verdienen, welches man wegen der Vermuthung der Unbescholtenheit vor seiner Verurtheilung an ihn zu setzen berechtiget war,

findet leider in der Erfahrung keine solche Stütze, daß selbe auch in Rechtsgeschäften angewendet werden könnte.

5) Wenn man diese Vorschriften mit denen der Gerichtsordnung über Verwerflichkeit und Bedenklichkeit der Zeugen vergleicht, so wird man gewahr, daß die Gerichtsordnung in dieser Hinsicht mehrere als bedenkliche, ja selbst als verwerfliche Zeugen erkläre, welche nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche fähige Zeugen einer letztwilligen Anordnung sind. So ist derjenige, welcher wegen eines Verbrechens, so aus Betrug oder Gewinnsucht entstanden ist, sich in Untersuchung befindet, in Ansehung derjenigen Rechtsgeschäfte, zu denen er während der Untersuchung als Zeuge zugezogen wird, für den Fall als ein verwerflicher Zeuge zu beachten, als er in der Folge wirklich des Verbrechens schuldig erkannt wird, so wie überhaupt alle jene, welche wegen was immer für einem Verbrechen schuldig erkannt worden sind, oder bey denen die Untersuchung, aus Mangel rechtlicher Beweise, für aufgehoben erklärt worden ist, durch die Gerichtsordnung als bedenkliche Zeugen erklärt sind. — Dagegen sind nach dem bürgerlichen Gesetzbuche sowohl letztere als erstere fähige Testaments-Zeugen. — Herr Hofrath von Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß, wenn ein solcher Zeuge in der Folge erst vernommen werden soll, aus der Gerichtsordnung beurtheilt werden müsse, ob derselbe vollen Glauben verdiene. Allein ich gestehe, daß ich dieser Meinung nicht beytreten kann, sondern daß ich glaube, die Glaubwürdigkeit der Aussage eines Testaments-Zeugen sey immer nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches, und nicht nach denen der Gerichtsordnung zu beurtheilen. Ich unterstütze meine Meinung mit folgenden Gründen:

a. Der §. 585 sagt, daß derjenige, der mündlich testiret, vor drey fähigen Zeugen seinen Willen erklären müsse. Hier ist kein Zweifel, daß unter fähigen Zeugen diejenigen verstanden werden, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches nicht in der Classe der unfähigen aufgeführt sind. Der darauffolgende §. 586 sagt aber, daß eine mündliche letzte Anordnung, um rechtskräftig zu seyn, auf Verlangen eines

jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drey Zeugen, oder wenn Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, der zwey übrigen bestätigt werden müsse. Durch die Ausdrücke „der drey Zeugen" und „der zwey übrigen" ist klar, daß das Gesetz unter diesen Zeugen keine andern verstehe, als jene, von denen es im §. 585 gesprochen hat; und sohin ist in dem §. 586 klar ausgesprochen, daß, wenn die drey zur Erklärung des letzten Willens zugezogenen, nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches fähigen Zeugen, oder nach Umständen auch nur zwey davon, eidlich und übereinstimmend aussagen, die letzte Anordnung dadurch vollkommen rechtskräftig sey.

b. Die Gerichtsordnung enthält mehrere Classen von Zeugen, nähmlich: a) ganz verwerfliche, b) verwerfliche, c) bedenkliche und d) unbedenkliche Zeugen. Das bürgerliche Gesetzbuch erkennt in Ansehung letzter Willens-Erklärungen nur zwey Classen von Zeugen, nähmlich: a) fähige und b) unfähige Zeugen. Von einem Erfüllungseide, welcher in bestimmten Fällen nach den Vorschriften der Gerichtsordnung die Stelle eines bedenklichen Zeugen ersetzen kann, sagt das bürgerliche Gesetzbuch nichts; und er scheint daher bey letzten Willens-Erklärungen, wenigstens in so weit er den Inhalt derselben betrifft, für keinen Fall Statt zu haben. — Setzen wir nun den Fall, daß der Erblasser drey nach der Gerichtordnung bedenkliche, nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches aber fähige Zeugen bey einer mündlichen letztwilligen Anordnung zugezogen habe, und daß zur Zeit, als diese Zeugen eidlich abgehört werden sollen, Einer davon bereits verstorben seye. Da nun den Aussagen der zwey übrigen bedenklichen Zeugen, nach den Vorschriften der G. O., kein voller Glauben beygemessen werden kann, so müßten sie doch wenigstens als ein halber Beweis gelten, und der Erbe daher zum Erfüllungseide zugelassen werden; wovon aber das bürgerliche Gesetzbuch nichts weiß. Vielmehr sagt der §. 594, daß ein Erbe oder Legatar in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses kein fähiger Zeuge

sey, und daß die Verfügung, um gültig zu seyn, von drey von ihm, und den übrigen im §. 594 benannten Personen, verschiedenen Zeugen bestätiget werden müsse. — Endlich

c. Da bey schriftlichen Testamenten eine gerichtliche Vernehmung der Testaments-Zeugen gar nicht Platz greifet [1]), folglich bey diesen ihre Verwerflichkeit oder Bedenklichkeit nur nach den Vorschriften des bürg. Gesetzbuches beurtheilt werden kann; so müßte man, wenn man der gegentheiligen Meinung beypflichtet, annehmen, daß das Gesetz der bloßen schriftlichen Bestätigung eines Zeugen mehr Zutrauen schenke, als der eidlichen Aussage desselben.

6) Aus dem Gesagten folgere ich auch, daß eine erst nach der Hand eingetretene Unfähigkeit des Zeugen, welche nähmlich zur Zeit seiner Zuziehung zur letzten Willens-Erklärung noch nicht vorhanden war, aber zur Zeit seiner gerichtlichen Einvernehmung schon existiret, der Gültigkeit der letzten Willens-Anordnung nicht schade, ausgenommen, die Unfähigkeit wäre eine solche, welche den Zeugen hindert, die Wahrheit zu sagen, z. B. wenn der Zeuge wahnsinnig geworden wäre. Warum soll z. B. derjenige, welcher bey Errichtung der letztwilligen Anordnung den Erblasser noch gesehen und erkannt hat, durch die nachgefolgte Blindheit zur Zeugenschaft unfähig werden? — und selbst die Gerichtsordnung läßt die des Betruges wegen verurtheilten Verbrecher zur Leistung der Zeugenschaft zu, wenn sie zu einer Zeit, da sie noch nicht in Criminal-Untersuchung verfallen waren, als Zeugen bey einem Geschäfte gebraucht worden sind.

§. 593.

Wer sich nicht zur christlichen Religion bekennt, kann den letzten Willen eines Christen nicht bezeugen.

Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung liegt in der wenigstens vor Zeiten bey den Juden im Gange befindlich gewesenen Maxime, den Christen die strengen Pflichten der Rechtschaffenheit und Wahrhaftigkeit nicht in gleichem Maße, wie

1) Hofdecret vom 12. August 1812; J. G. S. Nr. 1002.

ihren Religionsgenossen, schuldig zu seyn. Herr Hofrath von Zeiller bemerkt dabey, daß man, obgleich die Judenschaft von dieser Maxime größtentheils abgegangen seyn dürfte, um so minder eine dringende Veranlassung gefunden habe, die Nicht-Christen, unter welchen hier hauptsächlich die Juden verstanden werden, als Zeugen der letzten Willens-Erklärung eines Christen zuzulassen, als ohnehin die Christen wenig geneigt seyn würden, den Nicht-Christen vor ihren Glaubensgenossen den Vorzug der Zeugenschaft bey ihren letzten Anordnungen zu geben.

§. 594.

Ein Erbe oder Legatar ist in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses kein fähiger Zeuge, und eben so wenig dessen Gatte, Aeltern, Kinder, Geschwister, oder in eben dem Grade verschwägerte Personen und die besoldeten Hausgenossen. Die Verfügung muß, um gültig zu seyn, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben oder durch drey von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätiget werden.

1) Es ist, wie von Zeiller bemerkt, ein bekannter Satz der Willens-Lehre, daß Niemand in seiner eigenen, oder seiner nächsten Angehörigen Sache, oder in der Angelegenheit dessen, mit dem er in einem engen Bande der Abhängigkeit steht, ein unbefangener, gültiger Zeuge sey. Aus diesem Grunde kann daher ein Erbe oder Legatar den ihm selbst zugedachten Nachlaß gültig nicht bezeugen. Eben so wenig können es dessen Aeltern oder Kinder, unter welchen ohne Zweifel nach der allgemeinen Regel des §. 42 alle Ascendenten und Descendenten begriffen werden. — Das Gesetz macht hier übrigens auch keinen Unterschied zwischen der ehelichen und unehelichen Abstammung, das uneheliche Kind kommt nach unseren Civil-Gesetzen zwar nur mit der Mutter in eine nähere Verbindung des wechselseitigen Interesse, allein die Bande des Blutes sind hier, wie bey der Ehe, der Grund des Gesetzes, und ein eheliches Kind hat oft von

seinem Vater eben so wenig zu erwarten, als das uneheliche, welches die Gunst des Erzeugers zu erwerben mehr trachten muß, als der gesetzlich gesicherte Notherbe. Auch Adoptiv- und Pflege-Aeltern und derley Kinder müssen unter dem allgemeinen Ausdruck: „Aeltern und Kinder" verstanden werden; denn sie stehen in eben so nahen und innigen Verhältnissen der Zuneigung und des Interesse, wie die leiblichen. — Noch inniger ist das Verhältniß von Liebe, Vertrauen und gemeinsamen Vortheil zwischen Ehegatten, und stehen dieselben überdieß noch in einer Gütergemeinschaft, welche sich auch auf den Erbungsfall ausdehnet; so ist hier das eigene Interesse des Ehegatten im materiellsten Sinne des Wortes befangen. — Bey von Tisch und Bett geschiedenen Ehegatten tritt dieser Ausschließungsgrund zwar nicht in dem erhöhten Grade ein, doch ist es kein Zweifel, daß auch ein solcher Gatte ein unfähiger Zeuge sey. Wirklich getrennte Gatten hören auf Gatten zu seyn, und es paßt daher die Vorschrift des gegenwärtigen §. auf selbe, wenigstens der Regel nach, nicht. Eine Ausnahme würde nach meiner Ansicht nur der Fall begründen, wenn der getrennte Ehegatte katholischer Religion ist; denn nach den Grundsätzen seiner Religion kann er das Eheband nicht für ganz aufgelöset ansehen. — Die Geschwister sind zwar im minderen Grade bedenklich, und eben so die in diesem Grade verschwägerten Personen. Da indessen die Gerichtsordnung die Bedenklichkeit der Zeugen selbst auf die Geschwisterkinder, und alle in diesem Grade verschwägerte Personen ausdehnt, — so ist die Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches eben nicht so strenge. — Unter besoldeten Hausgenossen werden jene Personen verstanden, die um einen bestimmten Lohn im Gelde oder Naturalien dienen, und zugleich die unentgeldliche Wohnung im Hause ihres Dienstgebers genießen. Denn bezahlen sie ein Miethgeld, so sind sie wohl Einwohner des Hauses, aber nicht Hausgenossen. — Das Bedenken liegt hier in der größeren oder minderen Abhängigkeit des Zeugen von demjenigen, der in dem Testamente mit einem Erbtheile oder Legate bedacht worden seyn soll, die auf die moralische Freyheit nachtheilig einwirkt, da der Zeuge durch eine ungünstige Aussage die Gunst,

den Unterhalt, oder andere Vortheile einzubüßen Gefahr lauft. — Dadurch sind also diejenigen nicht ausgeschlossen, welche zwar von dem Erben oder Legatare eine Besoldung genießen, aber keine Hausgenossen sind, z. B. bestellte Aerzte oder Sachwalter [1]).

2) Ist dessenungeachtet eine der hier aufgeführten Personen zum Zeugen gebraucht worden, so ist deßhalb nicht die ganze letztwillige Verfügung, sondern nur jener Theil derselben ungültig und unförmlich, worin dem Zeugen, oder der mit ihm in erwähnter naher Verbindung stehenden Person der Erbtheil oder das Legat zugedacht worden ist. — Will der Erblasser auch diesen Theil seiner letzten Willens-Erklärung aufrecht erhalten, so stehen ihm zwey Mittel zu Gebothe: Das erste ist, daß er diese Verfügung eigenhändig niederschreibe; dann ist sie als eine eigenhändige Anordnung zu betrachten, die gar keiner Zeugenschaft bedarf. Aus dieser gesetzlichen Anordnung muß man noch die weitere Folgerung ziehen, daß wenn eine theilweise eigenhandig, theilweise aber von einem Anderen geschriebene letzte Willens-Erklärung vorhanden wäre, der es in Anbetracht der Unterfertigung der Zeugen an den gesetzlichen Förmlichkeiten ermangelte, selbe in jenen Theilen, welche eigenhändig von dem Erblasser geschrieben sind, aufrecht erhalten werden müßte.

3) Das zweyte Mittel, den Zeugen mit einem Erbtheile oder Legate gültig zu bedenken, ist, daß die Wahrheit der Verfügung durch drey, von den (Nr. 1) gedachten verschiedene, Personen bestätiget werde. Dabey versteht es sich wohl von selbst, daß diese drey verschiedene Personen überhaupt zur Bezeugung eines letzten Willens nach dem Gesetze fähig seyn müssen. Würde daher z. B. der Erblasser zu der Verfügung, worin er dem Zeugen einen Erbtheil oder ein Legat zu hinterlassen anordnet, nebst den übrigen zwey unbedenklichen Personen noch eine Frauensperson, oder ein Mitglied eines geistlichen Ordens beyziehen, so würde die Verfügung hierdurch keineswegs Gültigkeit erlangen. — Auch wird hier vorausgesetzt, daß die Bestätigung von Seite dieser drey verschiedenen Personen auf eine

1) Vergl. Materialien 7. B., S. 231 — 237.

Art geschehe, welche der gewählten Testirungs-Form entspricht. Hat daher z. B. der Erblasser ein schriftliches, eigenhändig von ihm gefertigtes Testament gemacht, und dazu nebst einem Legatar zwey unbefangene Personen als Zeugen beygezogen, welche alle zugleich anwesend sind; so genügt es, wenn derselbe, um seine Verfügung auf das Legat aufrecht zu erhalten, nachträglich eine unbefangene Person zu sich rufet, in ihrer alleinigen Gegenwart den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätiget, und sodann den Aufsatz von ihr unterfertigen läßt. — Wäre er aber des Schreibens unkundig, so wäre eine solche nachträgliche Beyziehung des vierten Zeugen nicht hinreichend, sondern der Erblasser müßte denselben noch zur Zeit, als die übrigen Zeugen anwesend sind, zuziehen, und in Aller Gegenwart sein Handzeichen beysetzen (§§. 579 u. 580). Eben so müßte der Erblasser, wenn er nicht lesen kann, die Verfügung, wodurch er dem Zeugen ein Legat vermacht, von Einer dieser drey verschiedenen Personen in Gegenwart der anderen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sey (§. 581).

4) Personen, welche bloß mit dem, zum fremden Vortheile über seinen Nachlaß verfügenden Erblasser in dem erwähnten nahen Verhältnisse stehen, sind von der Zeugenschaft nicht ausgeschlossen. Eben so unschädlich ist auch die Verwandtschaft, Schwägerschaft, oder andere nahe Verbindung der Zeugen unter sich [1]).

§. 595.

Wenn der Erblasser demjenigen, welcher den letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Kindern, Aeltern, Geschwistern oder in eben dem Grade verschwägerten Personen einen Nachlaß bestimmt; so muß die Anordnung auf die im vorhergehenden §. erwähnte Art außer Zweifel gesetzt seyn.

---

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

Der gegenwärtige §. begegnet einzig und allein dem Zweifel, ob dem Schreiber eines letzten Willens ein Erbtheil oder ein Legat vermacht werden könne? — welche Frage nach dem Inhalte desselben dahin beantwortet werden muß, daß dieses in dem Falle, als dieser Schreiber nicht zugleich auch Zeuge ist, keinem Anstande unterliege. Wird er aber auch als Zeuge verwendet, so tritt ganz natürlich die Vorschrift des vorigen §. in Wirksamkeit.

§. 596.

Was von der Unbefangenheit und Fähigkeit der Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen, verordnet wird, ist auch auf die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, anzuwenden.

Da die Gerichtspersonen, wie schon erwähnt worden ist, die Stelle der Zeugen vertreten, so ist es ganz natürlich, daß sich dieselben gleich den Zeugen in einem solchen Zustande befinden müssen, worin sie die Person des Erblassers deutlich erkennen, und seine Erklärung genau vernehmen können; sie müssen daher, wie die Zeugen, die Sprache des Erblassers verstehen (§. 591), oder der Richter muß, wenn sie die andere Gerichtsperson nicht versteht, zwey andere sprachkundige Zeugen beyziehen; und im Falle der Richter selbst die Sprache des Erblassers nicht verstände, würde nichts anderes erübrigen, als den Testirer an ein anderes, der Sprache kundiges Gericht, oder auf eine andere Art zu testiren, anzuweisen. Endlich müssen auch die Gerichtspersonen unbefangen seyn, dergestalt, daß sie weder zu ihrem Vortheile, noch zu Gunsten ihrer nächsten Angehörigen ihre Function ausüben, oder sich von selben vertreten lassen (§§. 589, 594 u. 595). Würde der Erblasser in seiner letzten Willens-Erklärung ein Geschwisterkind des Richters, oder seinem Oheim oder Tante, oder einen im nähmlichen Grade Verschwägerten mit einem Erbtheile oder Legate bedenken, so wäre zwar die letztwillige Verfügung nicht ungültig, allein der Richter wird, um jede Verantwortlichkeit von sich zu entfernen, wohl thun, wenn er bey einer mündlichen gerichtlichen Anordnung

(denn bey einer schriftlichen ist ihm der Inhalt der Verfügung der Regel nach unbekannt) den Testirer anweiset, das Testament bey einem anderen Gerichte zu errichten, weil der Richter in einem solchen Falle vermög seiner Instruction angewiesen ist, sich jedes Richteramtsactes, der eine mit ihm in so naher Verbindung stehende Person betrifft, zu enthalten. — Dagegen scheint es keinem Anstande zu unterliegen, daß der Richter, wenn der Testirer sein nächster Anverwandter ist, und fremde Personen zu Erben oder Legataren einsetzen sollte, in Aufnahme des schriftlichen oder mündlichen Testamentes seine Amtsfunctionen ausübe.

§. 597.

Von den begünstigten letzten Anordnungen.

Bey letzten Anordnungen, welche auf Schifffahrten und in Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen, errichtet werden, sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge, die das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, gültige Zeugen.

§. 598.

Zu diesen begünstigten letzten Anordnungen werden nur zwey Zeugen erfordert, wovon Einer das Testament schreiben kann. Bey Gefahr einer Ansteckung ist auch nicht nöthig, daß Beyde zugleich gegenwärtig seyen.

1) Von der inneren, wesentlichen Form eines Geschäftes kann es für keinen Fall eine Dispensation geben; wohl aber können Verhältnisse eintreten, wo es rathsam erscheinet, von den vorgeschriebenen, außerwesentlichen, positiven Förmlichkeiten, welche im Allgemeinen der Rechtssicherheit sehr förderlich, in einzelnen Fällen aber drückend seyn können, abzuweichen, um den Staatsbürger in Fällen, wo die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten mit großen Schwierigkeiten verbunden, oder gar

nicht möglich ist, die Fähigkeit, dergleichen Rechtsgeschäfte einzugehen, nicht ganz zu benehmen. — Für solche Fälle von den im Allgemeinen vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu dispensiren, entspricht vollkommen den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit.

2) Auf diese Ansicht stützen sich die begünstigten (privilegirten) letzten Anordnungen, bey welchen das Gesetz von der allgemeinen äußeren Form in Rücksicht der Zahl und Eigenschaft der Zeugen eine Nachsicht ertheilt, und sich mit einer solchen Form begnügt, durch welche der Beweis jeder anderen Thatsache hergestellt werden kann. Frauenspersonen und die Mitglieder eines geistlichen Ordens sind der Regel nach auch bey anderen Rechtsgeschäften fähige Zeugen; und nur aus besonderen Rücksichten wurden sie von der Zeugenschaft bey letzten Willens-Anordnungen ausgeschlossen, da es dem Erblasser im Allgemeinen ein Leichtes ist, sich anstatt dieser Personen anderer Zeugen zu bedienen. Treten nun Fälle ein, wo es schwer ankömmt, unter den Personen, die Zeugenschaft leisten sollen, eine Auswahl zu treffen; so ist es billig, daß der Gesetzgeber auch bey letzten Willens-Erklärungen nur die allgemeinen Vorschriften über die Fähigkeit eines Zeugen in Anwendung bringe. — Personen, die bereits das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, sind nicht schlechterdings untauglich, die einfache Thatsache einer mündlichen Anordnung oder die Bestätigung einer schriftlichen richtig aufzufassen; sie werden daher im Nothfalle gleichfalls zur Zeugenschaft zugelassen. Die Förmlichkeit, drey Personen als Zeugen beyzuziehen, wird sonst bey keinem Rechtsgeschäfte erfordert, — der Gesetzgeber begnügt sich also in Nothfällen bey letzten Anordnungen mit der Anzahl von zwey Zeugen, die sonst hinreichend befunden werden. Aus gleichem Grunde geht er von dem Erfordernisse der Gleichzeitigkeit, in der die Zeugen zugegen seyn sollen, ab. — Diese abweichenden Begünstigungen haben in den erwähnten Gefahren auch dann Statt, wenn gezeigt werden könnte, daß die regelmäßige Anzahl unbedenklicher Zeugen hätte beygezogen werden können; weil sich die Gesetzgebung nicht in Einzelnheiten verlieren kann, und durch weitere Ausnahmen das Testiren in solchen gefährlichen Lagen nicht weiters erschweren will.

3) Die außerordentlichen Lagen, worauf das Gesetz die Befreyung einschränkt, sind Schifffahrten und Orte, wo die Pest oder andere ansteckende Seuchen herrschen. — In Ansehung der in der Contumaz errichteten letztwilligen Anordnungen enthält der §. 45 der Instruction für die Contumaz-Directoren [1]) folgende Bestimmung: „Wer in der Contumaz eine letztwillige Anordnung machen will, dem ist solches allerdings dermaßen gestattet, daß solche als ein privilegirtes Testament betrachtet werden soll, in welchem ohne alle Feyerlichkeiten die alleinige, natürliche Probe erforderlich ist; der Director, Medicus, Chirurgus, Caplan, Dolmetsch, Aufseher, Knechte oder was immer für Personen, die in der Contumaz-Station angestellt sind, können in einem solchen letzten Willen weder zu Erben eingesetzt, noch ihnen etwas hinterlassen, auch sie nicht zu Testaments-Executoren ernannt werden, und sind dergleichen Vermächtnisse oder aufgetragene Commissionen als gänzlich ungültig anzusehen, den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Verstorbene solche mit eigener Hand selbst dem Testamente einverleibet, oder der Verstorbene mit dem Beneficiate verschwägert ist, oder wenn der Testirende, des Schreibens unkundig, den Zeugen deutlich erklärt hätte, daß sein Vermächtniß aus freyem und ungezwungenen Willen entspringe." Eine analogische Ausdehnung auf individuelle Gefahren, in welchen die erforderliche Zahl von unbedenklichen Zeugen nicht herbeygehohlt werden konnte, wäre, wie von Zeiller bemerkt, um so unzulässiger, als die häufigen Vorwände, Streitigkeiten und die Regel beynahe entkräftende, Ausnahmen veranlassen würde.

§. 599.

Sechs Monathe nach geendigter Schifffahrt oder Seuche verlieren die begünstigten letzten Willens-Erklärungen ihre Kraft.

1) Nach dem gemeinen Rechte ist es streitig, ob ein zur Pestzeit errichtetes Testament seine Gültigkeit verliere, wenn die

1) Theres. Gesetze 6. B., S. 37.

Pest wieder aufhört, und der Testirer nicht daran stirbt. Da das Gesetz nur in Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse, welche die Beobachtung der im Allgemeinen zur Gültigkeit letzter Willens-Erklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten sehr schwierig oder wohl ganz unthunlich machen, den Testirern selbe nachsieht, so ist es ganz consequent, daß bey dem Hinwegfallen des Grundes diese unförmlichen Anordnungen auch ihre Gültigkeit wieder verlieren. Jedoch erfordert es die Gesetzgebungs-Klugheit, daß diese Ungültigkeit nicht sogleich nach dem Hinwegfallen des Grundes dieser Begünstigung eintrete, sondern dem Testirer eine bestimmte Frist gegönnt werde, binnen welcher er seine letzte Willens-Erklärung mit den gesetzlichen Erfordernissen versehen lassen könnte. — Auch soll diese Frist nicht gar zu beengt seyn, weil die Folgen der Gefahr gewöhnlich noch länger fortdauern, und die alte Ordnung nur allmählig hergestellt wird. Unser Gesetz hat diese Frist auf den Zeitraum von sechs Monathen oder Ein Hundert und achtzig Tagen (§. 902) festgesetzt. Würde die vorige Lage während dieses Zeitraumes wieder eintreten; so müßte nach ihrer Aufhebung die Frist zur Gültigkeit wieder vollständig berechnet werden [1]).

2) Bey einer Schiffahrt läßt sich leicht erkennen, wann dieselbe als beendet anzusehen sey, von welchem Momente daher die Zeitfrist von einem halben Jahre berechnet werden müsse. — Nicht so leicht ist der Moment aufzufinden, an welchem die Seuche als geendet angesehen werden kann. — Da indessen bey solchen Seuchen immer politische Vorkehrungen eintreten, welche so lange fortdauern, als die Seuche wüthet, so wird auch immer der Zeitpunct bestimmt, an welchem diese wegen der Seuche getroffenen Anstalten aufzuhören haben. Dieser Zeitpunct ist auch für den der Beendigung der Seuche anzusehen.

§. 600.

Die Begünstigungen der Militär-Testamente sind in den Militär-Gesetzen enthalten.

1) Siehe Zeillers Commentar §. 599.

1) Die Begünstigungen der Militär-Testamente betreffen entweder den Inhalt oder die Form derselben. Was den Inhalt derselben anbelangt, so kömmt zu bemerken, daß die Militär-Testamente in dieser Hinsicht nach dem, vorhin auch für die Armee verbindlich gewesenen, und in dieser Hinsicht zum Militär-Gesetz gewordenen römischen, oder sogenannten gemeinen Rechte zu beurtheilen seyen, in so fern dasselbe nicht durch spätere vaterländische Gesetze überhaupt, oder durch besondere für den Militärstand eigens ergangene Verordnungen schon vor der eingetretenen Wirksamkeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches außer Kraft gesetzt war. Das Letztere änderte an der Verbindlichkeit der römischen Gesetze, so weit sie von Militär-Testamenten handeln, offenbar nichts; weil es hinsichtlich derselben gar keine näheren Vorschriften enthält, sondern lediglich auf die Militär-Gesetze verweiset, zu denen in Absicht auf Militär-Testamente die römischen Gesetze unstreitig gehörten. — Da aber das österreichische Gesetzbuch, was den Inhalt der Testamente betrifft, schon im Allgemeinen die Beschränkungen des römischen Rechtes fast durchgehends aufgehoben hat, so fallen ganz natürlich viele, ja beynahe alle im römischen Rechte vorkommenden Begünstigungen als solche hinweg. Als begünstigende Abweichung von dem allgemeinen österreichischen Privatrechte kann daher nur noch die einzige angesehen werden, nähmlich: Der Soldat kann mehrere Testamente hinterlassen. Sind wirklich mehrere Testamente vorhanden, so streiten sie entweder mit einander, indem in jedem ein Erbe ohne Beschränkung auf einen bestimmten Theil der Verlassenschaft eingesetzt worden, oder sie streiten nicht mit einander, wie z. B. wenn in einem Testamente A auf die Hälfte, und in dem anderen B auf die Hälfte des Nachlasses zum Erben eingesetzt worden. Im ersteren Falle hat der Soldat entweder erkläret, daß beyde Testamente gelten sollen oder nicht. Hat er dieses erklärt, so werden die in den verschiedenen Testamenten unbestimmt ernannten Erben als Miterben betrachtet; hat er aber keine solche Erklärung gemacht, so gilt nur das letzte Testament, und das erste ist dadurch aufgehoben. Im zweyten Falle erhält jeder Erbe den ihm zugewiesenen Theil der Verlas-

senschaft [1]). Dieses Privilegium hat auch jetzt noch seine Wirksamkeit, und derogirt zu Folge der allgemeinen Rückweisung des gegenwärtigen §. auf die Privilegien der Militär-Testamente der Vorschrift des §. 713 des b. G. B.

2) Was die Form der Militär-Testamente anbelangt, so ist in dem Dienst-Reglement II. Th., 1. Hptst., 6. Absch., §. 1, angeordnet, daß der zum Militär-Stande gehörige Erblasser, welcher zur Errichtung eines minder feyerlichen Testamentes privilegirt ist, bey Errichtung eines solchen nur dafür zu sorgen hat, daß es seinem letzten Willen nicht an der nöthigen rechtlichen Gewißheit fehle, folglich der Erblasser, wenn er schriftlich testiren will, das Testament entweder eigenhändig schreibe und unterschreibe, oder, wenn es von einem Anderen geschrieben worden wäre, sowohl seine eigenhändige Unterschrift beyfüge, als die Unterschrift von zwey Zeugen, deren Einer auch das Testament geschrieben haben kann, beyfügen lasse; oder endlich, wenn er mündlich testiren will, seinen letzten Willen in Gegenwart zweyer Zeugen, die ihn persönlich kennen, erkläre. — Ueber die Eigenschaften der Zeugen entscheiden hier eben die römischen Gesetze, und in Vergleichung derselben mit dem dermahligen österreichischen Rechte dürfte hier eben dasjenige gelten, was §. 597 von begünstigten Anordnungen überhaupt gesagt worden ist; oder mit anderen Worten, es können auch bey Militär-Testamenten jene Personen Zeugen seyn, welche nach dem hier erwähnten §. als Zeugen zugelassen werden.

3) Die Frage: welche Personen mit diesen Privilegien zu testiren befugt sind? — ist durch hofkriegsräthliche Circular-Verordnung vom 13. November 1793 dahin beantwortet, daß nicht nur die in wirklichen Diensten stehende Militärs, sondern auch ie pensionirten Stabs- und Ober-Officiere, die ebenfalls im Erfordernißfalle zu Kriegsdiensten verwendet zu werden gewärtigen müssen, bey Errichtung ihrer letztwilligen Anordnungen auf die Militär-Privilegien Anspruch haben, und überhaupt diese dem Soldatenstande verliehene Privilegien allen denen zustehen,

1) Fragm. 19 pr. §. 1. dig. l. c.

die zum Invaliden-Institute beytragen, dagegen von den übrigen zum Militär-Körper gehörigen, oder der Militär-Jurisdiction unterstehenden Personen bey ihren letztwilligen Anordnungen die in Oesterreich bestehenden Gesetze zu beobachten seyen. — Nach der Analogie dieser Verordnung sind auch die letztwilligen Anordnungen aller in der Invaliden-Versorgung stehenden Individuen, die ebenfalls zu den ihren Kräften noch angemessenen Militärdiensten verwendet zu werden, bereit seyn müssen, zu beurtheilen, mit einziger Ausnahme der Patental-Invaliden, welche ganz der Civil-Gerichtsbarkeit zugewiesen, folglich auch an die für den Civilstand bestehenden Gesetze gebunden sind. Da nach dem Sinne der obenangeführten Verordnung und der Militär-Justiz-Norma vom Jahre 1754 §. 87 die in wirklichen Diensten stehenden Militärs ohne Unterschied auf die Militär-Privilegien bey ihren letzten Willens-Erklärungen Anspruch haben, so kann über die Fähigkeit der zum Dienststande eingeschriebenen (enrollirten) Gränzer, militärisch zu testiren, kein Zweifel seyn. Gleiche Beschaffenheit hat es auch mit den aus dem Civilstande eingetretenen Landwehr-Officieren und den Landwehr-Männern, sobald sie sich in der im §. 81 der Landwehr-Instruction bezeichneten activen Dienstleistung befinden, wenn gleich die Abhandlung ihrer Verlassenschaften nach der hofkriegsräthlichen Verordnung vom 26. Juny 1810 den Civilgerichten zugewiesen ist. Die aus dem Militärstande zur Landwehr eingetheilten, der Militär-Jurisdiction unterstehenden Officiere können dagegen auch außer dem Zeitpuncte der activen Dienstleistung militärisch testiren, indem sie gleich den Pensionirten zu behandeln sind. Diesem zu Folge sind also von den der Militär-Gerichtsbarkeit unterstehenden Personen nur die Frauen und Kinder der Militär-Personen, wenn gleich letztere das zum Testiren erforderliche Alter haben, die für den Militärdienst weder ordentlich assentirten noch beeidigten, sondern bloß zeitlich gegen täglichen oder wöchentlichen Lohn aufgenommenen Handwerker, die von Militär-Personen aus dem Civilstande aufgenommenen, und nicht, wie die Fourier-Schützen und Privat-Diener, in ärarischem Sold stehenden Dienstleute, die mit bloßer Beybehaltung des Militär-Charakters

ohne Pension ausgetretenen Stabs- und Ober-Officiere, die nicht enrollirten, bloß ihren häuslichen Beschäftigungen obliegenden Gränzer, die Bürger und Contribuenten der Militär-Communitäten, und die Militär-Beamten, sie seyen beym Feldkriegs-Commissariate, Militär-Verpflegswesen, oder bey den Feldkriegs-Kanzleyen angestellt, von den Militär-Privilegien bey ihren letzten Willens-Erklärungen ausgeschlossen, und an die für alle Staatsbürger bestehenden Gesetze gebunden. Ob auch den Militär-Beamten, wenn sie in wirkliche Feindes- oder Todesgefahr gerathen, wie dieß z. B. in einer belagerten Festung leicht geschehen kann, nach der Analogie der obigen gesetzlichen Bestimmungen die gleiche Begünstigung, wie anderen Militär-Personen zukomme? — scheint sehr zweifelhaft, und ich glaube diese Frage verneinend beantworten zu müssen, weil der Grund, der in diesem Falle für eine analoge Anwendung der erwähnten gesetzlichen Vorschriften spricht, auch für die anderen Bewohner der Festung das Wort redet, denen doch offenbar diese gesetzliche Begünstigung nicht zu Statten kömmt.

4) Rücksichtlich der Frage: zu welcher Zeit die bey ihren letztwilligen Anordnungen auf die Militär-Privilegien Anspruch habenden Militär-Personen von denselben wirklich Gebrauch machen können? — enthält der §. 87 der Militär-Justiz-Norm vom 25. Juny 1754 folgende Bestimmung: „Wann in Betreff der Gültigkeit eines Militär-Testamentes die Frage entstehet, so ist selbe nach den militärischen besonderen Gesetzen zu entscheiden, und hat nach der dermahligen Militär-Verfassung der Unterschied, ob der testirende Soldat in der sogenannten expeditione militari vel procinctu begriffen gewesen, oder nicht, keineswegs Statt; indem jeder Kriegsmann, so lange er den Sold oder die Gage genießet, und der Pflicht, auch des Dienstes nicht entlassen ist, zu Friedens- wie zu Kriegszeiten gewärtig seyn muß, ob oder wohin er commandirt, und zu Unseren Allerhöchsten Diensten gebrauchet werde, folglich beständig in der Bereitschaft der Expedition stehet, und eben darum von den, den wirklichen Soldaten zu Statten kommenden besonderen Freyheiten nicht ausgeschlossen werden kann; es hat also eines solchen Kriegsmannes letzter

Wille, da er selben eigenhändig schreibt und unterschreibt, oder zweyen Zeugen eröffnet, seine vollkommene Gültigkeit und Kraft, weder werden andere mehrere Beweise oder Zierlichkeiten hierzu erfordert, ohne Unterschied des Ortes, dessen Aufenthaltes, der Zeit und des Hinscheidens." Auf die zum Militärstande gehörigen Hungarn hat jedoch diese Vorschrift nur in so weit Anwendung, als nicht ihre letztwilligen Anordnungen nach hungarischen Gesetzen zu beurtheilen sind, welches letztere immer dann der Fall ist, wenn die Abhandlung eines Nachlasses zum Wirkungskreise der hungarischen Landesbehörden gehört, wo auch die zum Militär-Körper gehörigen Personen bey ihren letztwilligen Anordnungen die hungarischen Landes-Gesetze beobachten müssen [1]), nach welchen die Militär-Testamente nur in Kriegszeiten privilegirt sind.

5) Die Gültigkeit eines solchen privilegirten Testamentes ist in so lange auf keinen Zeitraum beschränkt, als der Erblasser seiner Militär-Pflicht oder seines Dienstes nicht entlassen ist; das Testament gilt also unter dieser Voraussetzung so lange, als es nicht widerrufen wird. Eine Ausnahme tritt auch hier in Ansehung der von den zum Militärstande gehörigen Hungarn errichteten Testamente ein. In Betreff der rechtlichen Gültigkeit der letzteren ist durch hofkriegsräthliche Circular-Verordnung vom 23. July 1798 die allerhöchste Entschließung bekannt gemacht worden, daß diese Testamente von dem Zeitpuncte an, wo die Truppen auf den Kriegsfuß gesetzt werden, in so lange, bis sie wieder in die Friedensgebühr zurücktreten, ihre volle Wirksamkeit haben. — Es ist hier noch die Frage zu beantworten, ob und wie lange ein Militär-Testament bey Kräften bleibe, wenn der Erblasser noch vor seinem Tode aus dem Militär-Stande tritt? — Da auch hierüber die vaterländischen Gesetze (mit Ausnahme in Betreff der zum Militärstande gehörigen Hungarn) keine ausdrückliche Vorschrift enthalten, so scheint auch in dieser Hinsicht noch das römische Recht in Wirksamkeit zu seyn, nach welchem unterschieden werden muß, aus welcher Ursache der Soldat aus dem Militärstande getreten ist. — Hat er demnach einen eh-

1) Hofkriegsräthliche Circular-Verordn. vom 26. Jänner 1793.

renvollen Abschied erhalten, weil er seine Dienstzeit vollendet, oder wegen Wunden oder körperlichen Gebrechen die Entlassung erwirkt, so gilt das Testament noch ein Jahr vom Ausfertigungstage des Abschiedes; wird er aber aus Strafe entlassen, so verliert sein Testament sogleich alle Gültigkeit und Rechtskraft [1]).

6) Indessen kommen den Soldaten diese Privilegien bey ihren letztwilligen Anordnungen zu Folge der Nr. 3 citirten Verordnung bloß rücksichtlich ihres peculii castrensis (nähmlich desjenigen Vermögens, was sie durch ihren Stand oder bey Gelegenheit desselben erwerben) zu Statten; da hingegen begüterte Landmänner, Fideicommiß-Besitzer, oder auch Besitzer anderer Realitäten ihre letzten Willens-Erklärungen in Bezug auf die unbeweglichen Güter mit denjenigen Feyerlichkeiten versehen müssen, welche die Gesetze desjenigen Landes fordern, in dem sie diese unbeweglichen Güter besitzen [2]).

§. 601.

Ungültigkeit der unförmlichen letzten Anordnungen.

Wenn der Erblasser Eines der hier vorgeschriebenen und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat, so ist die letzte Willens-Erklärung ungültig.

1) Die von dem Gesetzgeber bey Errichtung letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Erfordernisse sind entweder solche, welche die innere, oder solche, welche die äußere Form festsetzen. Wird die von dem Gesetzgeber vorgeschriebene innere Form nicht beachtet, so mangelt es an dem von dem Gesetzgeber aufgestellten Begriffe einer letzten Willens-Erklärung. Die äußere Form ist vorgeschrieben, um sich die rechtliche Gewißheit zu verschaffen, daß der Erblasser wirklich seinen Willen auf die vorgegebene Art erkläret, und daß er es dabey auch ernstlich gemeint habe; — wird sohin diese vernachlässiget, so ist kein recht-

1) §. 3. Inst. h. t. Fragm. 26 pr. §. 1. dig. h. t.

2) Siehe Bergmayr's bürgerliches Recht der österreichischen Armee. 2. Thl. S. 307 — 323.

licher Beweis über die letzte Willens-Erklärung vorhanden. — Ein Gesetz, welches eine solche Anordnung dennoch aufrecht erhielte, bliebe ohne Wirksamkeit, und würde sich, wie von Zeiller bemerkt, selbst widersprechen.

2) Die Erklärung des letzten Willens bestehet gemeiniglich in mehreren einzelnen Anordnungen des Erblassers, und es ist sohin allerdings der Fall möglich, daß einige darunter als ungültig angesehen werden müssen, während die übrigen von Wirkung sind. So kann z. B. der eine oder andere Miterbe oder Vermächtnißnehmer unfähig zur Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses seyn; es wird sohin auch die letztwillige Anordnung in diesem Puncte unwirksam und ungültig seyn, während die anderen Erbeseinsetzungen oder gemachten Vermächtnisse gültig und von Wirkung sind. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der eingesetzte Erbe oder Vermächtnißnehmer selbst unter der gesetzlich erforderlichen Zahl der Zeugen sich befände, in welchem Falle seine Erbeseinsetzung, oder das ihm zugedachte Vermächtniß als wirkungslos anzusehen wäre; wo hingegen die übrigen Verfügungen des Erblassers aufrecht erhalten werden müßten. Verbreitet sich aber die Unförmlichkeit über das ganze Testament oder Codicill, indem z. B. einer aus den beygezogenen drey Zeugen ein absolut unfähiger Zeuge wäre, so zerfallen auch alle einzelnen Anordnungen. Ob die Beyrückung der codicillarischen Clausel, daß ein Testament, wenn es als solches ungültig ist, wenigstens als ein Codicill, oder auf was immer für eine Art aufrecht erhalten werden soll, nach österreichischem Rechte durchgehends und für alle Fälle als eine überflüssige Floskel anzusehen sey, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, wird bey Erläuterung des §. 713 berühret werden.

3) In der Regel liegt dem Erblasser als Urheber des Rechtsgeschäftes die Sorge für die Beobachtung aller in Ansehung der Erklärung des letzten Willens bestehenden gesetzlichen Vorschriften ob, und zwar nicht nur bey außergerichtlichen, sondern selbst bey gerichtlichen Willens-Erklärungen; jedoch bey diesen letzteren nur in so fern, als die Erfüllung derselben in seiner Macht liegt. — Das Gesetz erklärt hier wörtlich nur jene Förm-

lichkeiten zur Aufrechthaltung der letzten Willens-Anordnung wesentlich, deren Beobachtung in der Macht des Erblassers liegt. — Bey außergerichtlichen Testamenten ist er für die Beobachtung sämmtlicher Formen verantwortlich. — Ein Zweifel kann sohin nur bey gerichtlichen Testamenten entstehen, weil ihm über die Amtshandlungen der Gerichtspersonen keine Oberaufsicht zustehet. — Da von dem Erblasser mit Recht und Billigkeit gefordert werden kann, daß ihm derjenige, der das Richteramt im Orte verwaltet, bekannt sey, so wird es auch des Ersteren Sache seyn, sich bey der Uebergabe seiner schriftlichen oder Abgabe seiner mündlichen Willens-Erklärung an denselben zu wenden, und auch darauf zu dringen, daß eine zweyte Gerichtsperson dazu gezogen, oder an dessen Stelle zwey fähige Zeugen berufen werden. Ob die zweyte Gerichtsperson gehörig beeidet sey, kann dagegen von dem Erblasser nicht beurtheilet werden. — Auch muß der Erblasser die Form des Protocolles ganz natürlich der Anordnung des Richters überlassen, und kann demselben ein bey dessen Aufnahme unterlaufener Fehler nicht zur Last gelegt werden.

4) Das Befugniß eine vorhandene letztwillige Anordnung zu bestreiten, steht nur den gesetzlichen Erben zu [1]), der Richter hat sich daher von Amtswegen nicht weiter einzumengen, als damit, so weit unter den gesetzlichen Erben solche Personen begriffen sind, denen die Gesetze die eigene Verwaltung ihres Vermögens nicht eingeräumt oder wieder abgenommen haben, ein Vertreter zugegeben, und durch selben allenfalls die Gültigkeit des Testamentes oder der Schenkung im ordentlichen Rechtswege wider die in selben berufenen Erben oder Beschenkten bestritten werde [2]). Diese schon vor Erscheinung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches erlassene Anordnung wurde über eine gestellte Anfrage, ob ein Testament, dem ein gesetzliches Erforderniß mangelt, von Amtswegen zu verwerfen sey? — auch nach Erscheinung desselben mit den Worten wiederhohlet: „daß kein Gericht ein Testament von Amtswegen verwerfen dürfe [3])."

1) Wohl auch ohne Zweifel denjenigen, die in einem früheren Testamente zu Erben eingesetzt sind (§. 713).

2) Hofdecret vom 15. October 1732: J. G. S. Nr. 60.

3) Hofdecret vom 12. August 1812; J. G. S. Nr. 1002.

Ueber den eigentlichen Sinn dieser Anordnungen wird bey Erläuterung des 15. Hauptstückes von Besitznehmung der Erbschaft umständlicher gesprochen werden. Hier genüge die in den Worten des Gesetzes selbst gegründete Andeutung.

§. 602.

Erbverträge sind nur unter Ehegatten gültig.

Erbverträge über die ganze Verlassenschaft, oder einen über das Ganze bestimmten Theil derselben, können nur unter Ehegatten gültig geschlossen werden. Die Vorschriften hierüber sind in dem Hauptstücke von den Ehepacten enthalten.

§. 603.

Von Schenkungen auf den Todesfall. Beziehung.

In wie fern eine Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag, oder als ein letzter Wille zu betrachten sey, wird in dem Hauptstücke von den Schenkungen bestimmt.

Von den widerruflichen Anordnungen auf den Todesfall, welche von dem Gesetzgeber ausdrücklich mit der Benennung: „Erklärungen des letzten Willens" bezeichnet werden, unterscheiden sich jene Verfügungen für den Todesfall, welche der Erblasser der Regel nach nicht eigenmächtig zurücknehmen kann. Sie heißen „Erbverträge", wenn der Erblasser durch einen Vertrag über das ganze hinterlassene Vermögen, oder wenigstens über einen in Bezug auf das Ganze bestimmten Theil (§. 532) verfügt; und Schenkungen auf den Todesfall, wenn er darin über Summen, Rechte, oder einzelne ihrer Individualität oder wenigstens ihrer Gattung nach bestimmte Sachen verfügt. Von ersteren wird, da sie nur unter Ehegatten Platz greifen, und unter anderen Personen durchaus nicht Statt finden, in dem Hauptstücke von den Ehepacten, und von letzteren in dem Hauptstücke von Schenkungen gehandelt.

Zehntes Hauptstück.

Von Nacherben und Fideicommissen.

§. 604.

Gemeine Substitution.

Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen, und wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zweyten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.

1) Die gewöhnlichen Inhalts-Puncte einer letzten Willens-Erklärung sind, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller bemerkt hat, nebst der Erbeseinsetzung, wodurch sich das Testament von einem Codicille unterscheidet (§§. 553 — 563), Substitutionen, Fideicommisse, Vermächtnisse und Einschränkungen oder Aufhebungen des letzten Willens, wovon nun der Ordnung nach gehandelt wird. Eine Substitution überhaupt, welche nicht nur dem Erben, sondern auch dem Vermächtnißnehmer geschehen kann (§. 652), ist die Berufung eines zweyten oder ferneren Erben oder Vermächtnißnehmers an die Stelle des vorgehenden Erben oder Legatars. In diesem Hauptstücke wird bloß von Erbs-Substitutionen gehandelt, wodurch an die Stelle Eines oder mehrerer zuerst ernannter *Haupterben* (§§. 554 u. 555) Einer oder mehrere als Nacherben berufen werden.

2) Die Substitution theilt sich nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche in die gemeine und in die fideicommissarische. Die gemeine Substitution geschieht auf den Fall, wenn der erste Erbe *gar nicht Erbe wird*, weil er entweder nicht Erbe werden kann, oder die Erbschaft ausschlägt. — Es kann nähmlich geschehen, daß der ernannte Erbe noch vor dem Erblasser stirbt,

oder unfähig wird, Erbschaften zu erwerben; oder daß er sich weigert, die Erbschaft anzunehmen, weil sie ihm z. B. zu unbeträchtlich ist. — Befürchtet nun der Erblasser, daß in einem solchen Falle, weil ihm z. B. Intestat-Erben gar nicht bekannt sind, sein Nachlaß von der Kammer als ein herrenloses Gut werde eingezogen werden, oder will er die nächstberufenen Intestat-Erben absichtlich an der Erbschaft keinen Theil nehmen lassen; so ist ihm durch die gemeine Substitution ein Ausweg angebothen. — Der Erblasser kann an die Stelle des eingesetzten Erben für den Fall, daß er wegfällt, oder in Ermangelung des zweyten, noch einen dritten u. s. w. ohne alle Beschränkung berufen. Der Ausdruck „gemeine Substitution", der für diese Substitutionsart angenommen ist, ist aus dem römischen Rechte herüber genommen, und hat diese Benennung in diesem aus dem Grunde erhalten, weil sie von jedem fähigen Erblasser insgemein jedem fähigen Erben geschehen kann, wohingegen die nach dem gemeinen Rechte pupillarische und quasipupillarische (exemplarische) Substitution nur von Aeltern ihren zu testiren unfähigen Kindern gemacht werden konnte. Die Wirkung der gemeinen Substitution ist also nach dem Willen des Erblassers, daß in Ermangelung des zuerst eingesetzten Haupterben, der erste Nacherbe, in dessen Ermangelung der zweyte, und so fort in der Reihe der zunächst Berufene eintrete. Dem Nacherben wird daher, wie von Zeiller bemerkt, auch das Anfallsrecht, das dem Haupterben in Hinsicht seiner Miterben gebührt hätte (§§. 560—562), zu Theil.

3) Dadurch, daß das Gesetz im gegenwärtigen §. sagt, daß der Erblasser für den Fall, als der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen Nacherben berufen könne, will es keineswegs ausdrücken, daß nicht auch zwey oder mehrere Personen zu gleicher Zeit als Nacherben berufen werden können; er kann ohne Zweifel zwey oder mehrere zugleich als Nacherben benennen. Allein diese zwey oder mehrere Erben werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen; alle diese für einen Erledigungsfall zugleich berufene Nacherben treten zusammen an die Stelle des ursprünglich eingesetzten Er-

ben. — Kann oder will Einer aus diesen conjunctim eingesetzten Substituten die Erbschaft nicht annehmen, so wächst der erledigte Theil den übrigen mit ihm berufenen Nacherben zu, ausgenommen der Erblasser hätte für diesen Fall besonders einen Nacherben ernannt. So z. B., wenn der Erblasser verfügt hätte, „ich setze den A zum Erben ein, will oder kann er die Erbschaft nicht annehmen, so substituire ich ihm den B und C, und nach diesen soll D die Erbschaft erhalten." Will nun B die durch die Entsagung des A erledigte Erbschaft nicht annehmen, so fällt sie an C allein, und nur wenn dieser auch sich der Erbschaft entschlägt, oder zur Uebereinkommung derselben unfähig ist, kömmt sie an D.

4) Eben so kann der Erblasser, wenn er mehrere Haupterben einsetzt, jedem oder einigen unter ihnen einen besonderen Nacherben bestimmen, wodurch der Erblasser das Anfallsrecht der Miterben ausschließt; er kann ferner mehreren Haupterben einen besonderen Nacherben, oder endlich die Haupterben selbst einander wechselseitig substituiren; was ihnen dann zum Vortheile gereicht, wenn sie bestimmte Erbtheile haben, folglich auf das Anfallsrecht keinen Anspruch machen können (§§. 561 u. 562).

5) Damit aber die Substitution ihre Wirkung äußern könne, so muß, wie Herr Hofrath von Zeiller behauptet, der Nacherbe nicht nur den Erblasser (§. 536), sondern auch den Substitutionsfall, welcher ihm erst ein Recht ertheilen soll, überleben; und er muß wenigstens in diesem Zeitpunct des Erbrechtes fähig seyn (§. 545), und desselben sich nicht unwürdig gemacht haben (§§. 540 — 544). In diesem Falle überträgt er, obschon sein Tod vor der Erbserklärung erfolgte, sein Recht, mit Ausschluß der gesetzlichen Erben des Erblassers, auf seine Erben. — Allein es entsteht hier die Frage: wann tritt der Substitutionsfall ein? — Hier glaube ich nur vor Allem unterscheiden zu müssen, ob der Erblasser für den Fall, als der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangen kann, oder für den, als er nicht Erbe seyn will, oder endlich für den Fall überhaupt, als er die Erbschaft nicht erlangt, einen Substituten bestimmt habe. Im ersten Falle ist der Tod des Erblassers selbst derjenige Zeitpunct, an welchem es sich sogleich zeigen muß, ob

der Substitutionsfall eingetreten sey, oder nicht. Denn ist der eingesetzte Erbe zur Zeit des Todfalles erbfähig, so ist die Bedingung, unter welcher dem Substituten das Erbrecht zugesichert worden ist, erloschen. — Ein Ausnahmsfall wäre dann vorhanden, wenn der Erblasser den Haupterben unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt hätte, weil er in diesem Falle bey dem Eintreffen der Bedingung erbfähig seyn muß (§. 703); hier muß daher auf den Eintritt der Bedingung Rücksicht genommen werden. Hat aber der Erblasser für den Fall, als der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht haben *will*, die Substitution angeordnet, so dürfte man versucht werden anzunehmen, daß der Substitutionsfall erst mit der Erklärung des eingesetzten Erben, daß er die Erbschaft ausschlage, eintrete. — Allein dieses scheint unrichtig zu seyn; denn durch diese Erklärung kommt es lediglich zur *rechtlichen Gewißheit*, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht annehmen wolle; im Grunde war sein Wille schon früher hierzu vorhanden.

§. 605.

Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe seyn kann, oder, daß er nicht Erbe seyn will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.

1) Das römische Recht scheint zu gestatten, daß die auf den Fall des Nichtkönnens getroffene (casus impotentiae) Anordnung auch auf den Fall des Nichtwollens (casus noluntatis) ausgedehnt werde, und umgekehrt. Ich sage: „*scheinet*," denn ein ausdrückliches Gesetz ist hierüber nicht vorhanden. Allein die meisten römischen Rechtslehrer glauben, es sey dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß, seine Worte ausdehnend zu erklären. Auch glauben sie für ihre Behauptung die Analogie zu haben, weil auch die gemeine, die Pupillar-Substitution, und umgekehrt, die pupillarische die gemeine unstreitig in sich fasset [1]). Die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches, welche den Grundsatz

1) Siehe Höpfners Commentar achte Auflage. §. 501., S. 563.

angenommen haben, daß der Anordnung des Erblassers keine größere Ausdehnung zu geben sey, als die Worte desselben zulassen, glaubten die hier berührte Ausdehnung um so weniger in dasselbe aufnehmen zu sollen, als der Erblasser mannigfaltige Gründe haben kann, die Substitution nur auf einen bestimmten Fall einzuschränken, und es nur von ihm abhängt, sich einer allgemeinen Formel zu bedienen, welches z. B. dann geschehe, wenn der Erblasser überhaupt sagt, daß im Falle der eingesetzte oder vom Gesetze berufene Erbe nicht Erbe seyn wird.

2) Unter den Fall des Nichtkönnens muß insbesonders der begriffen werden, wenn der berufene Erbe bereits vor dem Erblasser verstorben ist. — Außer diesem gehören aber auch alle jene Fälle darunter, welche denselben des Erbrechtes unfähig oder unwürdig machen. Hat der Erblasser einen bestimmten Fall des Nichtkönnens ausgedrückt, so ist seine Anordnung auch aus obigem Grunde auf diesen zu beschränken, und kann auf andere Fälle des Nichtkönnens nicht ausgedehnt werden. — Obschon übrigens das Gesetz im Allgemeinen anordnet, daß der Fall des Nichtkönnens den Fall des Nichtwollens ausschließe, so gibt es doch einzelne Fälle der Unfähigkeit zu erben, die meines Erachtens das Nichtwollen in sich begreifen. — Ist nähmlich Jemand Ordensgeistlicher geworden, wodurch er dem Rechte zu erwerben überhaupt, und insbesondere dem durch Erbschaften Vermögen an sich zu bringen, entsagte, oder hat er im Voraus schon auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht geleistet; so ist eben seine Unfähigkeit zu erben, in seinem Willen gegründet. Seine Unfähigkeit zu erben, ist hier lediglich ein Ausfluß seines Entschlusses, nicht erben zu wollen.

3) Hat der Erblasser für den Fall, als der Erbe die Erbschaft nicht annehmen will, einen Substituten ernannt, und ersterer ist bey dem Anfalle der Erbschaft erbsunfähig; so kann sein Wille in keine Berücksichtigung kommen. — Denn kann er nicht erben, so kann er wohl nicht füglich mehr befragt werden, ob er nicht die Erbschaft annehmen wollte, wenn er nicht unfähig hierzu wäre. — Selbst seiner ausdrücklichen Erklärung

könnte mit Beruhigung kein Glauben geschenkt werden, da er wohl weiß, daß seine Erklärung, sie erfolge bejahend oder verneinend, ihm weder Nutzen noch Schaden bringen könne; indem er als zu erben unfähig, für keinen Fall zur Erbschaft gelangen wird. — Man muß also in einem solchen Falle den berufenen Erben so behandeln, als wenn er die Erbschaft annehmen wollte, oder umgekehrt. Würde man das Letztere thun, wofür man allenfalls anführen könnte, daß derjenige, welcher unfähig ist zu erben, auch den rechtlichen Willen nicht haben kann, die Erbschaft in Besitz zu nehmen, so würde der Fall des Nichtkönnens auch immer den Fall des Nichtwollens in sich begreifen, was aber der ausdrücklichen Anordnung des gegenwärtigen §. offenbar entgegenstünde. Es erübriget daher nichts anders, als den unfähigen Erben so anzusehen, als ob er, wenn von seiner Seite kein Hinderniß zu erben vorhanden wäre, allerdings den Willen gehabt hätte, die Erbschaft an sich zu bringen. Es wird daher in einem solchen Falle immer der Intestat-Erbe, und nicht der Substitut, zur Erbschaft gelangen.

4) Was wäre wohl in dem Falle Rechtens, als der berufene Erbe zu Gunsten der Intestat-Erben auf sein Erbrecht Verzicht leistete? — werden in diesem Falle dieselben oder der berufene Nacherbe zur Erbschaft gelangen? — Hat der berufene Erbe das ihm angefallene Erbrecht den Intestat-Erben des Erblassers ordentlich abgetreten, zu welcher Abtretung er auch nach der Analogie des §. 1278 vor eingereichter Erbserklärung berechtiget ist, so scheint kein Zweifel obzuwalten, daß die Intestat-Erben, wenn sie wollen, zu dem Besitze der Erbschaft gelangen, weil die Abtretung des Erbrechtes von Seite des berufenen Erben die Annahme desselben stillschweigend voraussetzt, indem man ein angefallenes Recht Niemanden cediren kann, ohne sich als Eigenthümer desselben anzusehen. In einem solchen Falle werden daher die Intestat-Erben auch ganz in die Rechte des berufenen Erben eintreten, und es wird darauf ankommen, ob sie sich vor Gericht zur Uebernahme der Erbschaft erklären, oder dieselbe ausschlagen. Geschieht das letztere, so tritt der Substitutionsfall ein, im ersteren Falle dagegen wird das Recht des

nachberufenen Erben erlöschen. — Diese Behauptung folgere ich aus dem §. 1282, welcher anordnet, daß im Falle einer entgeldlichen Erbschaftsabtretung die Erbschaftsantretung des Einen auch für den Anderen gelte. — Vorausgesetzt nun, daß dasjenige, was das Gesetz ausdrücklich in dem Falle des Erbschafts-Kaufes verfügt, auch auf die unentgeldliche Abtretung einer Erbschaft angewendet werden kann, ist eben dadurch entschieden, daß hier die Erbes-Antretung der Intestat-Erben die des eingesetzten Erben ersetze, und sohin überhaupt die Handlungen der letzteren in Beziehung auf das Erbrecht so anzusehen seyn, als ob sie der eingesetzte Erbe selbst unternommen hätte. Daß aber die Anwendung des §. 1282 auch auf unentgeldliche Abtretungen von Anwendbarkeit sey, geht aus der Betrachtung hervor, daß dieser §. eigentlich zum Ziele hat, das Rechtsverhältniß der Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen den einen oder anderen Erben festzusetzen, auf dieses Rechtsverhältniß kann aber der Umstand, ob das Erbrecht ohne oder gegen Entgeld an Jemanden übertragen wird, nicht verschiedenartig einwirken, da es für diese dritte Personen ganz gleichgültig seyn muß, ob das Erbrecht entgeldlich oder unentgeldlich an Jemanden übertragen wird. — — Man kann diese ausdehnende Anwendung des §. 1282 als keine unbefugte Gesetzes-Auslegung ansehen, da das Gesetzbuch nirgends die Lehre von der Abtretung einer Erbschaft überhaupt eigens abhandelt, und die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse entwickelt, daher sie nur dort berührt, wo von einer besonderen Art der Erbschafts-Abtretung, nähmlich dem Erbschafts-Kaufe die Rede ist. — Hat aber der eingesetzte Erbe, ohne förmliche Abtretung seines Erbrechtes, zu Gunsten des Intestat-Erben auf die Erbschaft Verzicht geleistet, so wäre derselbe zu belehren, daß er entweder sein Erbrecht ordentlich demselben abtreten müsse, oder sich unbedingt der Erbschaft zu entschlagen habe. — Denn der eingesetzte Erbe kann in dem Falle, als er die Erbschaft auf eine Art ausschlägt, welche jede Annahme ausschließt, dem Substituten die ihm für diesen Fall von dem Erblasser eingeräumten Rechte nicht entziehen.

§. 606.

Rechte aus der gemeinen Substitution.

Die dem Erben auferlegten Lasten werden auch auf den an seine Stelle tretenden Nacherben ausgedehnt, wofern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen, oder die Beschaffenheit der Umstände, auf die Person des Erben eingeschränkt sind.

1) Der Nacherbe tritt an die Stelle des eingesetzten Erben; es ist also auch ganz natürlich, daß er auch die Lasten übernehme, welche dem eingesetzten Erben auferlegt waren. Es kann doch nicht angenommen werden, daß der Erblasser den Substituten mehr als den eingesetzten Erben selbst begünstigen wollte. — Zu diesen Lasten gehören, wie von Zeiller bemerkt, theils jene, welche dem Erbrechte überhaupt ankleben, theils solche, die dem Erben insbesondere aufgetragen worden sind.

2) Von der Regel, daß alle den eingesetzten, oder vom Gesetze berufenen Erben treffende Lasten auch auf die Nacherben übergehen, gibt es nach Weisung des gegenwärtigen §. zwey Ausnahmen, nähmlich a) wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil erkläret hat, und b) wenn aus den Umständen erhellet, daß die Last nur auf die Person des ursprünglichen Erben eingeschränkt sey. — Hat im ersteren Falle der Erblasser nicht ausdrücklich erkläret, wer die Lasten anstatt des Substituten zu übernehmen habe, so muß man unterscheiden, ob dieselben von der Art seyen, daß sie dem Erbrechte überhaupt ankleben, oder ob der Erblasser den Erben mit denselben besonders bebürdet hat. Sind dieselben von der ersteren Art, so müssen sie von den Miterben getragen werden [1]), sind sie aber von der letzteren Art, so fallen diese Belastungen ganz weg. Der Fall, wo aus der Beschaffenheit der Umstände erhellet, daß sie nur auf die Person des Erben eingeschränkt sind, tritt unter andern insbesonders dann ein, wenn dem Erben eine Leistung auferlegt wird, die nur er, nicht aber auch sein Substitut zu unternehmen fähig ist;

1) Im Falle als nur ein einziger Erbe vorhanden wäre, wäre eine solche Befreyung wirkungslos.

z. B. der Erblasser hätte den A, der ein Mahler ist, zum Erben eingesetzt, und ihm zugleich den Auftrag ertheilt, für eine bestimmte Kirche ein Altarblatt zu mahlen, und der B, der ihm substituirt, wäre kein Mahler. Denn wäre letzterer auch ein Mahler, so müßte eben angenommen werden, daß der Erblasser denselben aus der Ursache substituirt hat, daß, im Falle A die Erbschaft nicht annehmen kann oder will, das Altarblatt von ihm (B) gemahlet werde.

§. 607.

Sind die Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden, so wird angenommen, daß der Erblasser die in der Einsetzung ausgemessenen Theile auch auf die Substitution ausdehnen wollte. Wird aber in der Substitution, außer den Miterben, noch sonst Jemand berufen, so fällt der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zu.

1) Die erstere gesetzliche Vermuthung erklärt sich, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, aus dem Grade der Zuneigung und Begünstigung, welche der Erblasser schon in Ausmessung der Erbtheile zu erkennen gegeben hat. Wenn also A in 1/6, B in 2/6 und C in 3/6 eingesetzt ist, und sämmtliche Erben sich wechselseitig substituirt sind, A aber wegfällt, so wird dessen Antheil in 5 Theile getheilt, wovon B zwey Theile, C aber deren drey empfängt. Fällt der B weg, so wird dessen Antheil in 4 Theile getheilt, wovon A einen Theil, C aber deren drey erhält; und fällt der C weg, so wird dessen Antheil in 3 Theile getheilt, wovon A einen Theil, B aber deren zwey empfängt. Ueberhaupt kann man in einem solchen Falle die Regel aufstellen, daß derjenige Antheil, der dem hinweggefallenen Erben zugekommen seyn würde, in so viele Theile getheilt werden müsse, als den übrigen Erben zusammen zugemessen worden sind, und daß von diesen jedem derselben das ursprüngliche Ausmaß zukomme.

2) Sobald auch ein Nichterbe zur Substitution berufen wird, so liegt es in der Natur der Sache, daß die vorerwähnte Vertheilung nicht mehr angewendet werden könne; die Substitution ist keine reine wechselseitige mehr, sondern eine gemeine Substitution mehrerer Nacherben, welche, so wie die Haupterben, ohne Bestimmung der Erbtheile, einen gleichen Antheil erhalten.

§. 608.

Fideicommissarische Substitution.

Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen, einem zweyten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine fideicommissarische Substitution genannt. Die fideicommissarische begreift stillschweigend die gemeine in sich.

1) Der Ausdruck „fideicommissarische Substitution" deutet deutlich auf den Ursprung derselben hin. — Nach römischem Rechte waren nähmlich viele Personen unfähig, zu Erben ernannt, oder mit Legaten bedacht zu werden. Da aber viele Erblasser solchen Personen doch Etwas zuwenden wollten, so verfielen sie darauf, ihre Erben insgeheim zu bitten, einer solchen nicht erbfähigen Person die Erbschaft ganz oder zum Theile abzutreten. — Eben so waren manche Personen nicht befugt, Erben einzusetzen oder Vermächtnisse zu hinterlassen. Diesen blieb daher, wenn sie einige Personen begünstigen wollten, nichts übrig, als die Intestat-Erben zu ersuchen, denselben Etwas abzugeben. Dazu kam, daß zuweilen die Ehrerbiethung, die man seinem Erben schuldig war, nicht erlaubte, ihm etwas zu befehlen. Man bath ihn also. Endlich konnte ein Erbe nicht auf eine gewisse Zeit, oder nach einer gewissen Zeit eingesetzt werden. Man wollte aber doch zuweilen, daß der Erbe die Erbschaft eine gewisse Zeit lang z. B. lebenslänglich behalten sollte. — Hier nahm man also wieder zu dem Mittel die Zuflucht, den Erben zu bitten, die Erbschaft nach einer bestimmten Zeit abzutreten. —

Da es in allen diesen Fällen von den Erben abhing, ob sie diese Bitten nach des Erblassers Tod erfüllen wollten, oder nicht, — und daher diejenigen, die solche Bitten stellten, den Erben das Zutrauen schenkten, daß sie ihren Willen erfüllen werden, haben diese Bitten den Nahmen Fideicommisse erhalten. Unter Kaiser August erhielten die Fideicommisse eine verbindende Kraft; nun wurde es aber auch Gesetz, daß Niemand ein Fideicommiß hinterlassen konnte, der zu testiren unfähig, und daß Niemand Etwas durch ein Fideicommiß erhalten konnte, der nicht erbfähig war. Von dieser Zeit an hörte man aber auch auf, die Fideicommisse bittweise anzuordnen. — Obschon nun dadurch der Zweck der Fideicommisse, der bey Entstehung derselben bezielet war, theilweise zernichtet wurde, so blieb doch ein Zweck noch übrig, nähmlich, daß der gesetzliche oder testamentarische Erbe die Erbschaft zwar lebenslang, oder bis zu einem bestimmten Falle, z. B. wenn er in einen geistlichen Stand treten, oder bis zu einem gewissen Alter sich nicht verehelichen würde, genießen, dann aber einer anderen Person ganz oder theilweise abtreten soll [1]).

2) Ist der fideicommissarisch Substituirte zur ganzen Erbschaft, oder wenigstens zu einem in Beziehung auf die ganze Erbschaft bestimmten Theil berufen, so wird diese Substitution ein Universal-Fideicommiß, wenn ihm auf solche Art nur einzelne Stücke der Verlassenschaft oder Rechte zugedacht sind, ein Particular-Fideicommiß genannt.

3) Gegenwärtig beruht der Grund dieser Substitution lediglich auf der Freyheit des Erblassers, mit seinem Vermögen auch über seinen Tod hinaus beliebig zu verfügen, folglich auch einen Erben bloß zeitweise einzusetzen, und nach Verlauf dieser Zeit ihn zur Abtretung der Erbschaft an einem Andern zu verhalten. Wo die Freyheit des Erblassers, mit seinem Vermögen nach Belieben zu disponiren, beschränkt ist, da muß es auch sein Substituirungsrecht seyn. Darum kann auch einem Kinde, als dessen gesetzliche Erben die Aeltern eintreten würden, das

12 *

1) Höpfners Commentar, §§. 600 und 601.

Substitutionsrecht nicht auch in Bezug auf den, den letzteren zustehenden Pflichttheil eingeräumt werden; eben so wenig ist der Ehegatte, der in einem Erbvertrage dem anderen Ehegatten einen Erbtheil unbeschränkt zugesichert hat, befugt, durch eine nachträgliche letztwillige Anordnung in Ansehung dieses Erbtheiles einen Nacherben zu ernennen.

4) Da der Erblasser auch durch eine solche fideicommissarische Substitution den Nacherben vor den gesetzlichen begünstigen will, so ist es einleuchtend, daß dieselbe stillschweigend die gemeine in sich begreife, und daß daher der fideicommissarisch Substituirte, der als solcher die Erbschaft nur aus den Händen des eingesetzten oder vom Gesetze berufenen Erben erhält, auch dann zur Erbschaft gelange, wenn dieser die Erbschaft nicht annehmen kann, oder nicht annehmen will. — Dagegen begreift die gemeine Substitution die fideicommissarische nicht in sich, weil der Erblasser bey der gemeinen Substitution den eingesetzten Erben in der freyen Verfügung über den Nachlaß nicht beschränken wollte.

5) Es versteht sich übrigens von selbst, daß ein solcher Nacherbe nicht nur den Erblasser, sondern auch den Substitutionsfall überlebt haben, und in diesem letzteren Zeitpuncte erbfähig seyn müsse, um entweder die Erbschaft selbst zu übernehmen, oder sie auf seine eigenen Erben zu übertragen; dann daß die Anordnung die gehörige äußere Form einer letztwilligen Anordnung haben müsse.

§. 609.

In wie fern die Aeltern ihren Kindern substituiren dürfen.

Auch die Aeltern können ihren Kindern selbst in dem Falle, daß diese zu testiren unfähig sind, nur in Rücksicht des Vermögens, das sie ihnen hinterlassen, einen Erben oder Nacherben ernennen.

1) Nach dem römischen Rechte konnte der Vater seinem, der väterlichen Gewalt unterworfenen, unmündigen Kinde für den Fall, daß es in der Unmündigkeit verstürbe, was immer für einen fähigen Erben (mit Hintansetzung aller gesetzlichen)

dergestalt ernennen, daß selber nicht nur das ganze vom Vater hinterlassene, sondern auch das dem Kinde eigenthümliche Vermögen überkommen soll. — Diese Erbes-Einsetzung nannte man die pupillarische Substitution, welche sich durch dieses letztere Befugniß wesentlich von der gemeinen unterschied, und eine größere Ausdehnung erhalten hat. — Allein mit Recht bemerkt Höpfner [1]), daß diese Substitution, in so weit sie auch auf fremdes Vermögen ausgedehnt war, keine eigentliche Substitution sey, weil in Ansehung dieses Vermögens das Kind nicht als Erbe des Substituirenden, und daher auch der sogenannte Substitut nicht als Nacherbe eintritt. — Nach dem Beyspiele dieser Substitution wurde die quasipupillarische oder exemplarische Substitution eingeführt, nach welcher auch die übrigen Aeltern für den Fall, als ihr wahn- oder blödsinniges Kind in diesem Zustande versterben würde, demselben sowohl für das Vermögen, das sie ihm selbst hinterließen, als auch über das eigene Vermögen des Blödsinnigen, einen Erben ernennen durften; doch mußten in diesem Falle dessen Descendenten oder Geschwister in der Erbeseinsetzung vorgezogen werden.

2) Diese Substitutionsarten wurden auch in dem gallizischen Gesetzbuche mit einigen Modificationen beybehalten [2]). Das gegenwärtige Gesetzbuch räumt aber den Aeltern dießfalls gegen ihre Kinder kein größeres Recht ein, als jedem anderen Erblasser gegen seinen Erben zusteht. Man wurde dabey, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, von der Betrachtung geleitet, daß die römische Pupillar-Substitution in der vorlängst aufgehobenen unumschränkten väterlichen Gewalt über das Vermögen des Kindes ihren Grund, und beyde Substitutionsarten die Abwendung der, nur den Römern aus besonderen Verhältnissen gehässigen Intestat-Erbfolge zur Absicht hatten; daß beyde dem in der Billigkeit und in politischen Ursachen gegründeten Systeme der gesetzlichen Erbfolge ganz oder doch zum Theile zuwider laufen, Zwietracht in der Familie und

1) Commentar §. 502.

2) II. Thl., §§. 405 und 406.

Streitigkeiten herbeyführen, und daß die etwaige Hoffnung der größeren Fürsorge Eines aus den näheren Verwandten, oder wohl gar eines Fremden, für das hülfsbedürftige Kind sehr unsicher, und zum Theil unnatürlich sey.

3) Die Aeltern können sohin ihren Kindern nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. ohne Unterschied, ob diese zu testiren fähig sind, oder nicht, nur in Hinsicht des Vermögens, das sie ihnen hinterlassen, einen Erben ernennen. Doch selbst dieses Befugniß ist in Bezug auf den Pflichttheil einer Einschränkung unterworfen. — Es kann nähmlich keinem Zweifel unterliegen, daß sich, wenn die Kinder selbst zu testiren fähig sind, die Substitution in Ansehung des Vermögens der Aeltern auf den Pflichttheil nicht erstrecken könne. Denn dieser muß ohne alle Beschränkung hinterlassen werden (§. 774); eine Beschränkung wäre es aber, wenn die Aeltern durch Ernennung eines Nacherben den Kindern das Befugniß entziehen wollten, entweder selbst über diesen Pflichttheil zu verfügen, oder denselben ihren gesetzlichen Erben zu hinterlassen. — Dagegen scheint es nicht so ausgemacht zu seyn, ob die Aeltern für den Fall, als ihre Kinder in dem Zustande der Testirungs-Unfähigkeit sterben sollten, denselben auch in Ansehung des Pflichttheiles zu substituiren befugt seyen? — Für die bejahende Beantwortung dieser Frage kann angeführt werden: a) daß die frühere Gesetzgebung den Aeltern, oder wenigstens dem Vater das Recht, seinem unmündigen oder blödsinnigen Kinde zu substituiren, ohne alle Einschränkung, selbst in Bezug auf ein Vermögen, das von ihm nicht herrührte, einräumte, und daher im Zweifel die geringste Abweichung von den früher gegoltenen Grundsätzen hier anzunehmen seye; b) daß der gegenwärtige §. den Aeltern ganz unbeschränkt das Substitutionsrecht in Ansehung desjenigen Vermögens einräumet, welches sie selbst den Kindern hinterlassen, und daß c) diese Substitution in dem Falle, als die Kinder nicht die Fähigkeit haben, über ihr Vermögen letztwillig zu verfügen, als keine Beschränkung des Pflichttheiles der letzteren angesehen werden könne. — Allein zieht man dagegen in Erwä-

gung a), daß aus dem gegenwärtigen §. die Absicht des höchsten Gesetzgebers klar hervorleuchte, die pupillarische und quasipupillarische Substitution ganz aufzuheben, und die Aeltern in Bezug auf ihre Kinder ganz in die Reihe der anderen Erblasser zu stellen, dann b), daß nach der bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 3 gemachten Bemerkung unter dem Ausdrucke: „nur in Rücksicht des Vermögens, das sie ihnen hinterlassen," nur dasjenige Vermögen verstanden werden könne, in welches die Kinder aus dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Aeltern succediren, nicht aber das, was ihnen nach Vorschrift der Gesetze gebühret, und ihnen von den Aeltern nicht entzogen werden kann, und daß c) eine solche Substitution selbst in dem Falle, als die Kinder die Testirungs-Fähigkeit nicht haben, als eine unbefugte Einschränkung angesehen werden müßte, indem Niemand anderer, als der Eigenthümer über sein Vermögen zu verfügen befugt ist, und daher die Aeltern, wenn sie auch in diesem Falle über den Pflichttheil ihrer Kinder verfügten, doch immer ein Recht ausüben würden, das der Regel nach nur ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes ist. Die Verpflichtung der Aeltern, ihren Kindern einen Pflichttheil zu hinterlassen, ist als eine wahre Schuld der ersteren anzusehen; und so wenig daher derjenige, der einem testirungsunfähigen Menschen eine Summe Geldes zu bezahlen schuldig ist, die Person zu benennen berechtiget ist, der diese Summe zufallen soll, — wenn der Gläubiger in diesem Zustande sterben sollte, so wenig können dieses die Aeltern in Ansehung des Pflichttheiles thun.

§. 610.

Stillschweigende fideicommissarische Substitution.

Hat der Erblasser dem Erben verbothen, über den Nachlaß zu testiren; so ist es eine fideicommissarische Substitution, und der Erbe muß den Nachlaß für seine gesetzlichen Erben aufbewahren. Das Verboth, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus.

1) Hat der Erblasser dem Erben verbothen, über den Nachlaß zu testiren, so kann dieses aus keiner anderen Ursache geschehen seyn, als weil er wollte, daß die gesetzlichen Erben des eingesetzten Universal-Nachfolgers nach dessen Tode den Nachlaß erhalten sollen. Es ist also gerade so viel, als ob er ausdrücklich angeordnet hätte, daß der Erbe den Nachlaß für seine eigenen gesetzlichen Erben aufbewahren müsse. Darum wird diese Anordnung des Erblassers auch ganz so behandelt, als ob der Erblasser ausdrücklich die gesetzlichen Erben seines Universal-Nachfolgers zu Nacherben berufen hätte.

2) Dagegen liegt in dem bloßen Veräußerungsverbothe, wodurch der Verschwendung vorgebeugt werden soll, keineswegs auch das Verboth, über die Sache zu testiren. — Es entsteht jedoch hier die Frage: in wie fern ein solches Veräußerungs-Verboth überhaupt von Wirkung seye? Ein solches Veräußerungs-Verboth kann nur dann von einer rechtlichen Wirkung seyn, wenn der Erblasser die Uebertretung des Verbothes mit der Rechtsfolge in Verbindung gesetzt hat, daß für diesen Fall einem Dritten ein bestimmtes Recht zustehen soll. — Denn hat z. B. der Erblasser angeordnet: Ich vermache dem A meine goldene Sackuhr zum Angedenken, verbiethe ihm dieselbe zu veräußern, — ohne die Uebertretung dieses Verbothes mit einer nachtheiligen Rechtsfolge zu bedrohen, — so wird dadurch A in seinem Veräußerungsacte gar nicht gehindert. — Denn welche nachtheilige Rechtsfolge könnte wohl in diesem Falle die Veräußerung für den Legatar hervorbringen: die Ungültigkeit des Veräußerungsactes? — wer hätte wohl das Recht auf die Ungültigerklärung desselben zu dringen? — Ueberhaupt scheint die Uebertretung des Veräußerungs-Verbothes die Ungültigkeit des Veräußerungsactes niemahls zur Folge haben zu können, weil der Erblasser wohl dem Erben, aber nicht auch einem Dritten eine Verbindlichkeit auflegen kann. — Hat aber z. B. der Erblasser dem obigen Veräußerungsverbothe ausdrücklich angefügt, daß der Legatar im Falle der Veräußerung den gelösten Betrag an den Erben oder einen Dritten bezahlen müsse, dann müßte der-

selbe diese Verbindlichkeit, zu der er sich durch Uebernahme des Legates anheischig machte, allerdings in Erfüllung bringen.

§. 611.

Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.

Die Reihe, in welcher die fideicommissarischen Erben auf einander folgen sollen, wird, wenn sie alle Zeitgenossen des Erblassers sind, gar nicht beschränkt, sie kann sich auf den Dritten, Vierten, und noch weiter ausdehnen.

§. 612.

Sind es nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherben, die zur Zeit des errichteten Testamentes noch nicht geboren sind; so kann sich die fideicommissarische Substitution, in Rücksicht auf Geldsummen und andere bewegliche Sachen, bis auf den zweyten Grad erstrecken. In Ansehung unbeweglicher Güter gilt sie nur auf den ersten Grad; doch wird bey Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählet, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist.

1) Fideicommissarische Substitutionen bringen immer den Nachtheil mit sich, daß sie dem freyen Verkehre hinderlich sind, und alle Gesetzgebungen kommen dieserwegen auch darin überein, daß sie nicht nach der bloßen Willkühr vervielfältiget werden sollen. — Sind die fideicommissarischen Erben alle Zeitgenossen des Erblassers, so kann, wenn deren noch so viele sind, das mit dem Fideicommißbande belegte Vermögen für keinen Fall über ein Menschenalter hinaus dem Verkehr entzogen bleiben. Eine Gesetzgebung also, die selbst solche Personen, die zur Zeit des Testamentes noch nicht geboren sind, als Nacherben zuläßt, handelt ganz consequent, wenn sie die Anzahl der zu Nacherben berufenen Zeitgenossen gar nicht beschränket.

2) Sind die berufenen Nacherben aber Personen, die erst nach errichtetem Testamente geboren worden sind, so ist zu unterscheiden, ob der Gegenstand der fideicommissarischen Substitution in unbeweglichen Gütern oder in beweglichen Sachen bestehe. — Im ersteren Falle ist die Substitution nur bis zum ersten Grade gültig, d. i. der Erblasser kann dem Erben seinen noch ungebornen Sohn oder Tochter, keineswegs aber mehr dessen Enkel zum Nacherben berufen; im zweyten Falle aber kann auch noch dieser letztere zum Substituten ernannt werden. — Hat der eingesetzte Erbe zur Zeit des errichteten Testaments bereits einen Sohn, so kann der Erblasser in Ansehung der unbeweglichen Güter auch noch des eingesetzten Erben Enkel, und in Bezug auf die beweglichen Güter auch noch dessen Urenkel zum Nacherben berufen, weil der lebende Sohn des Erben als Zeitgenosse bey Berechnung der Grade derjenigen Personen, die zur Zeit der Testaments-Errichtung noch ungeboren waren, in keinen Anschlag gebracht werden kann. Unter den Nascituris befindet sich aber der Enkel hier im ersten Grade.

3) Auch wird bey Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählet, welcher wirklich zum Besitze der Erbschaft gelangt ist. Wäre daher im letzteren Falle der Enkel wegen seines früheren Todes zum Besitze des unbeweglichen Gutes nicht gelangt, so würde dasselbe auch auf den Urenkel übergehen, vorausgesetzt, daß der Erblasser diesen in seiner Anordnung ausdrücklich oder stillschweigend dadurch zum Nacherben ernannt hat, daß er anordnet, daß das Erbgut immer auf die Nachkommen übergehen sollte. — Der Grund, warum das Gesetzbuch bey beweglichen Sachen den zweyten, bey unbeweglichen aber nur den ersten Grad zuläßt, liegt darin, weil es dem gemeinen Wohle mehr widerstreitet, wenn die freye Verfügung über unbewegliche, als wenn sie über bewegliche Güter gehemmt wird.

§. 613.

Rechte des Erben bey einer fideicommissarischen Substitution.

Bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, kommt dem eingesetzten Erben das ein-

geschränkte Eigenthumsrecht, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers, zu.

1) Bey den Römern geschah es sehr oft, daß der Haupterbe die Erbschaft sogleich und ganz herausgeben mußte. — Dieses veranlaßte viele Erben, denen ihnen angefallenen Erbschaften zu entsagen; besonders in früheren Zeiten, wo der heres fiduciarius, auch wenn er die Erbschaft herausgegeben hatte, doch noch alle Schulden bezahlen mußte. — Justinian verordnete daher: a) daß jeder Erbe, dem die Abtretung der ganzen Erbschaft oder eines Theiles auferlegt wurde, befugt seyn soll, eine Quart zurückzubehalten; b) daß, wenn er freywillig die ganze Erbschaft abtrete, alle actiones hereditariae auf den Fideicommiß-Erben übergehen sollten; c) wenn er hingegen nur einen Theil abtritt, z. E. wenn er nur die Hälfte nach dem Testamente abzutreten angewiesen ist, oder wenn er vermöge des Gesetzes die Quart zurückbehielt, auch die actiones hereditariae pro rata auf ihn übergehen sollen; — diese Quart hieß Falcidia oder Trebellianica. d) Wenn der Fiduciar-Erbe sich weigert, die Erbschaft anzutreten, soll er dazu gezwungen werden, und nun mußte er sie ohne Abzug antreten, auch gehen auf ihn alle actiones hereditariae über. Alle diese Anordnungen gelten nach dem dermahligen österreichischen Rechte nicht. — Der Erbe kann nur die Vergütung der Kosten und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung oder die Aufstellung eines Curators verlangen (§§. 690 u. 811), und wenn er die Erbschaft gar nicht annehmen will, kann sie der Nacherbe unmittelbar selbst antreten.

2) Der Erbe wird nach Einantwortung der Erbschaft als Eigenthümer der Verlassenschaft angesehen. — Doch ist sein Eigenthumsrecht durch das Recht des Nacherben in so fern eingeschränkt, daß letzterem die Substanz oder der Hauptstamm des Fideicommiß-Gutes beym Eintritte des Fideicommiß-Falles zugestellt werden muß. Er muß daher sein Recht auf die Substanz der Sache mit seinem Nacherben theilen; nebst diesem theilweisen Rechte auf die Substanz der Verlassenschaft gebührt

ihm aber ausschließend das Recht, die Erbschaft mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen; er wird daher auch zugleich als Fruchtnießer der Erbschaft betrachtet (§. 509), und es kommen ihm die Rechte, aber auch die Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zu.

3) Aus dem Rechts-Verhältnisse, welches der gegenwärtige §. dem eingesetzten Erben zuweiset, folgt, daß sich derselbe bey Absterben des Erblassers ganz nach jenen Vorschriften zu benehmen habe, welche in dem 15. Hauptstücke über die Besitznehmung der Erbschaft aufgestellt werden. Er muß sohin, wenn er den Besitz der Erbschaft erlangen will, vor Allem die Erbserklärung überreichen. Da in einem solchen Falle immer auch zur Sicherung der Rechte des Substituten ein Inventarium aufgenommen werden muß [1]), so wäre es wohl sehr unklug von einem solchen Erben, wenn er die Erbserklärung ohne Vorbehalt dieser Rechtswohlthat überreichen wollte, weil er in diesem Falle nur die mit einer unbedingten Erbserklärung verbundenen Nachtheile, ohne an den Vortheilen derselben einen Antheil zu nehmen, zu befürchten hätte. — Indessen steht der Rechtsgültigkeit einer solchen unbedingten Erbserklärung nichts im Wege, und es wären daher die hieraus für ihn entspringenden Rechte und Verpflichtungen aus den §§. 801, 806 u. 820, und aus der Analogie der §§. 807 u. 812 zu entnehmen. — Stirbt der Erbe früher, als er die Erbschaft angetreten hat, so würde sich die fideicommissarische Substitution in eine gemeine umwandeln (§. 608). — Weiset der Erbe bey Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend aus, so ist ihm, in so fern dieses ohne Nachtheil des Substituten geschehen kann, die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen (§. 810); und weiset er sich nach §. 819 über die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus, so wird ihm die Erbschaft eingeantwortet, und er ist berechtiget, auf die Uebergabe der beweglichen Erbschaftsstücke, und auf die Eintragung in Hinsicht der unbeweglichen Güter zu dringen. —

---

1) Inst. 2. Abthl., §. 32.

4) Dem Erben steht als Fruchtnießer das Recht auf den vollen, sowohl gewöhnlichen, als ungewöhnlichen Ertrag zu (§§. 510 u. 511). Da er aber nicht nur Fruchtnießer, sondern selbst eingeschränkter Eigenthümer des Verlasses ist, so gebührt ihm auch der dem Grundeigenthümer gehörige Antheil an einem, auf einem geerbten Grundstücke gefundenen Schatze, nur darf er mit demselben eben so wenig, wie mit den übrigen Verlassenschaftsstücken frey disponiren, sondern kann denselben nun ohne alle Einschränkung genießen; die Substanz hat er aber zu erhalten, um sie seiner Zeit den Fideicommißerben herausgeben zu können. Der Erbe muß aber auch die mit der Verlassenschaft verbundenen Lasten, die daraus zu leistenden Schuldigkeiten, und die auf die Erzielung des Ertrages verwendeten Kosten tragen (§. 513). Stirbt der eingesetzte Fideicommißerbe früher, als der Zeitpunct herangekommen ist, wo ihm die Erbschaft von dem eingesetzten Erben übertragen werden sollte, so fällt die Beschränkung weg, und der Erbe kann über die Erbschaft ganz nach Willkühr disponiren. — Bis dahin aber muß er die dem Nacherben künftig zuzustellende Erbschaft als ein guter Hausvater, in dem Stande, in dem er sie empfangen hat, erhalten (§§. 513 — 516). Er darf also, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller bemerkt hat, keine Veräußerung außer den Fällen der Nothwendigkeit (wie kraft der Anordnung des Erblassers, oder zur Zahlung der Schulden, oder wenn Sachen sich nicht aufbewahren lassen, wofür aber der Werth zu erstatten ist) vornehmen, und er kann zwar die ihm gebührenden Früchte verpfänden und verschulden, nicht aber auch die Substanz des Fideicommisses. — Doch diese letztere Behauptung bedarf einiger Berichtigung. Denn da der eingesetzte Erbe nicht nur Fruchtnießer, sondern selbst Eigenthümer des Verlasses wird, so kann ihm das Recht, die Substanz des Erbschaftsgutes zu verpfänden, nicht schlechterdings abgesprochen werden. Jedoch kann der Erbe die Substanz nur unter der Bedingung verpfänden, daß die Verpfändung nur dann in Wirksamkeit zu treten habe, wenn die fideicommissarische Substitution noch vor Eintreten des Substitutionsfalles erlöschen sollte; und ist das Fideicommißband in den öffentlichen Büchern eingetragen, so ist

die Verpfändung der Substanz auch ohne ausdrückliche Bedingung nur für diesen Fall wirksam. — Sohin ist immer noch ein Unterschied zwischen der Verpfändung der Substanz der Sache und der Verpfändung der Früchte. — Denn sind nur die letzteren verpfändet, so muß der Gläubiger, der nach Erlöschen der Substitution auf die Substanz des Gutes greifen will, die neuerliche Pfändung derselben erwirken, und wird sohin in dieser Hinsicht demjenigen Gläubiger nachstehen müssen, der bereits vor dem Eintritte des Erlöschungsfalles, obgleich erst später, als ersterer, die Pfändung der Früchte erwirkte, das Pfandrecht auf die Substanz des Gutes erlangt hat.

5) Aus dem in dem gegenwärtigen §. aufgestellten Rechtsverhältnisse fließen zugleich die Rechte und Verbindlichkeiten des Nacherben. Diesem steht ein bedingtes Erbrecht zu, nähmlich für den Fall, als er den Zeitpunct, an welchem die Uebertragung der Erbschaft an ihn geschehen soll, erleben wird. Bis zum Eintritte dieser Bedingung kann er keine förmliche Erbserklärung überreichen; jedoch steht ihm das Recht zu, darüber zu wachen, daß ihm von dem eingesetzten Erben für den Fall, als die Bedingung eintreten soll, die Ausführung seines Erbrechtes nicht vereitelt werde. — Dazu gehört vor Allem, daß er sein bedingtes (dingliches) Erbrecht auf das unbewegliche Fideicommißgut eintragen lasse (§§. 436 u. 445). Diese Eintragung hindert den Erben mit dem Fideicommißgut ganz nach Willkühr zu schalten, und dasselbe mit Schulden zu bebürden; wenigstens würde eine solche Belastung, wie bereits oben Nr. 4 erwähnt worden ist, dem Nacherben seiner Zeit zu keinem Nachtheile gereichen. Den Verlassenschafts-Gläubigern kann jedoch die Eintragung des Vinculums der fideicommissarischen Substitution zu keinem Nachtheile gereichen; denn der Nacherbe hat so wie der eingesetzte Erbe nur auf dasjenige Anspruch zu machen, was nach Befriedigung der Verlassenschafts-Gläubiger und der Legatare übrig bleibt. Da die Verlassesschulden die Substanz des Verlasses afficiren, über welche dem eingesetzten Erben kein unbeschränktes Verfügungsrecht zustehet, so ist es auch nothwendig, daß der Nacherbe bey der Liquidation der Verlassenschaftspassiven

zugezogen werde; würde der eingesetzte Erbe mit der Befriedigung der sich angemeldeten Verlaß-Gläubiger eigenmächtig vorgehen, so wäre er dem Nacherben hierfür verantwortlich. — Können die beweglichen Sachen ohne Gefahr für den Nacherben nicht in den Händen des Erben gelassen werden, was z. B. besonders bey Juwelen und anderen Kostbarkeiten der Fall seyn kann, so kann der Nacherbe Sicherstellung verlangen (§. 520). Kann der eingesetzte Erbe diese Sicherstellung nicht leisten, so würde ihm nach der Vorschrift des §. 520 nichts erübrigen, als sie in gerichtliche Verwaltung zu geben, oder sie dem Nacherben gegen billige Abfindung zu überlassen. Diese Abfindung könnte auf zweyfache Weise geschehen, nähmlich entweder dadurch, daß der Nacherbe den ganzen Werth dieser Gegenstände dem Erben bezahle, und dadurch das Eigenthum derselben schon dermahlen an sich löse; in welchem Falle der bezahlte Kaufschilling fruchtbringend angelegt, und dadurch die Substanz sicher gestellt werden könnte; oder der Nacherbe könnte dem eingesetzten Erben für die Ueberlassung des Eigenthums dieser Gegenstände eine verhältnißmäßige Summe, worüber er gleichfalls als unbeschränkter Eigenthümer zu disponiren das Recht haben solle, ausbezahlen.

6) Herr Hofrath von Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß der Nacherbe auch das Recht habe, den Erben zur Erklärung anzuhalten, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, und im Ausschlagungsfalle die Erbschaft aus der gemeinen Substitution unmittelbar selbst anzutreten. Gegen die letztere Behauptung ist nichts zu erinnern, sie ist durch die Berufung auf den §. 608 vollkommen begründet. Dagegen kann ich der ersteren Behauptung nicht beypflichten. — In der Eigenschaft als fideicommissarischer Nacherbe hat dieser kein anderes Recht, als zu verlangen, daß ihm, wenn er bey dem eintretenden Substitutionsfall am Leben seyn sollte, die Erbschaft ungeschmälert übergeben werde. Er hat daher für den Fall, als sich der eingesetzte Erbe zur Ueberreichung einer Erbserklärung nicht entschließen sollte, lediglich das Recht zu verlangen, daß die Verlassenschaft durch einen Curator verwaltet werde. — Tritt nun der Fall der fideicommissarischen Substitution ein, ohne daß der ein-

gesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hätte, so erhält der Nacherbe die Erbschaft aus den Händen des Curators. — Ihm geht also durch die Zögerung des eingesetzten Erben, sich zum Verlasse als Erbe zu erklären, kein Nachtheil an seinen Rechten zu, indem auch ohne eine Erbserklärung dasjenige geschieht, auf welches der fideicommissarische Nacherbe rechtlichen Anspruch zu machen hat. — Auch der Umstand, daß die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich fasse, kann den Nacherben nicht berechtigen, den eingesetzten Erben anzuhalten, daß er einen Entschluß fasse. — Mir ist wenigstens kein Gesetz bekannt, aus welchem sich diese Behauptung herleiten ließe. Wenn z. B. der Erblasser angeordnet hätte: A soll mein Erbe seyn, wenn er sich entschließt Soldat zu werden, sollte er aber nicht Soldat werden, so soll B mein Erbe seyn; so wird man schwerlich dem B das Recht einräumen, den A anzuhalten, den Militärstand anzutreten, oder ihm die Erbschaft zu überlassen (§. 699).

7) Ist dem Haupterben die Erbschaft eingeantwortet worden, so ist der Nacherbe berechtiget, über die Erhaltung der Substanz des Fideicommißgutes zu wachen, eine üble Verwaltung gerichtlich anzuzeigen, und allenfalls die Aufstellung eines Curators zu verlangen.

8) Tritt der Fall der fideicommissarischen Substitution ein, so kann, wie von Zeiller bemerkt, der Nacherbe verlangen, daß ihm die Erbschaft vollständig zugestellt werde; folglich alles, was der Erbe als Erbe (außer dem ihm gebührenden vollständigen Ertrage) empfangen hat, mithin den etwa auch durch Zuwachsrecht erlangten Theil der Erbschaft (§§. 560 u. 561), nicht aber auch das, was ihm durch einen anderen besonderen Titel (durch Schenkung unter Lebenden oder durch ein Vermächtniß) von dem Erblasser zugewendet worden ist, oder als ein reiner Pflichttheil hinterlassen werden mußte. — Die noch unerhobenen Früchte und Nutzungen werden nach der Analogie des §. 519 getheilt.

§. 614.

Auslegung der Substitutionen.

Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freyheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.

1) Substitutionen werden nicht vermuthet, und sind daher einer strengen Auslegung unterworfen. Hat nun der Erblasser so unbestimmter Ausdrücke sich bedient, daß nicht abzusehen ist, ob er eine Substitution überhaupt, oder von welcher Art habe anordnen wollen; so ist die Auslegung für das freye Eigenthum des Erben, oder auf solche Art zu machen, wodurch ihm letzteres am wenigsten beschränkt wird. — Im Zweifel streitet die Vermuthung eher für die gemeine, als die fideicommissarische Substitution, indem, wie von Zeiller bemerkt, diese nicht nur die gemeine in sich faßt, sondern auch das Recht zu veräußern und zu testiren benimmt. — Nicht so ausgemacht aber scheint mir die andere Behauptung Zeillers, daß in zweifelhaften Fällen eher die Vermuthung für eine Substitution, als für eine Mitberufung zur Theilung der Erbschaft streite. — In objectiver Beziehung ist zwar das Eigenthumsrecht des eingesetzten Erben bey einer Substitution ausgedehnter, als wenn der Nacherbe zur Theilung der Erbschaft berufen wäre, — dagegen ist dasselbe in subjectiver Beziehung viel beschränkter. — Je wahrscheinlicher es ist, daß der Substitutionsfall wirklich eintreten werde, desto mehr ist der Rechtszustand des eingesetzten Erben dem Zustande desjenigen ähnlich, welcher Leibrenten zu beziehen hat; es kann daher sehr oft geschehen, daß die Theilung der Erbschaft, wo der eingesetzte Erbe zwar nur die *Hälfte* der Erbschaft, aber als *uneingeschränktes* Eigenthum erhält, der Substitution, wo der Erbe zwar die *ganze* Erbschaft, aber lediglich zum ausschließenden Fruchtgenusse, und mit der Verbindlichkeit empfängt, dieselbe seiner Zeit an den Nacherben extradiren zu müssen, vorzuziehen ist. — Ich glaube daher, daß in einem solchen Falle, wo es zweifelhaft ist, ob der zweyte Erbe zur Theilung,

oder als Substitut oder Nacherbe berufen sey, dem eingesetzten Erben die Wahl zustehe, sich für das Eine oder Andere zu entscheiden, und daß er eben dadurch den Beweis auf den Gegentheil wälze, wenn dieser mit seiner Auslegung nicht einverstanden ist. — Denn eben durch diese dem eingesetzten Erben überlassene Wahl wird dessen Freyheit, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt.

2) Bloße Empfehlungen, oder die Aeußerung des Wunsches oder der Hoffnung, daß der Erbe auf gewisse Personen Bedacht nehmen werde, sind daher weder als eine fideicommissarische, noch gemeine Substitution zu betrachten. — Nach dem römischen Rechte (Nov. 108 c. 3) und dem gall. Gesetzbuche (II. §. 408) mußte in dem Falle, als der Erbe nur im Allgemeinen angewiesen wurde, das, was von der übernommenen Verlassenschaft nach seinem Tode noch übrig ist, einem bestimmten Nacherben wieder zu hinterlassen, wenigstens der vierte Theil für diesen aufbewahrt werden; allein nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche müßte sich der bestimmte Nacherbe mit dem verbleibenden Reste begnügen, jedoch könnte er immer auf die Errichtung einer Inventur dringen, und dürfte sich mit dem eidstätigen Vermögens-Ausweise weder des eingesetzten Erben, noch seines Allodial-Nachfolgers zufrieden stellen. Wenn Jemand auf folgende Art disponirt hat: Ich setze den A zu meinem Erben ein; wenn er aber ohne Kinder sterben wird, so soll die Erbschaft auf den B zurückfallen, — so sagen die Rechtsgelehrten, die Kinder seyen in conditione positi; und es ist nach dem römischen Rechte eine streitige Rechtsfrage, ob es als ein Fideicommiß anzusehen sey, wenn einer nur in conditione positus ist, und ob daher im gesetzten Falle die Kinder als Fideicommißerben zu behandeln sind? — Nach der gegenwärtigen gesetzlichen Vorschrift wäre diese Frage im Allgemeinen sicherlich zu verneinen.

§. 615.

Erlöschungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitution.

Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die

fideicommissarische, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist; oder, wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört.

1) Die im Eingange des gegenwärtigen §. vorkommende Anordnung setzt voraus, daß die Antretung der Erbschaft gültig und mit Erfolg geschehen ist; denn ein Unfähiger oder Unwürdiger kann nicht erben. Wird also später entdeckt, daß dem Erben eine Unfähigkeits- oder Unwürdigkeits-Ursache zur Last falle, so ist es eben so viel, als ob er die Erbschaft gar nicht angetreten hätte, und die Substitution kann daher aus diesem Grunde nicht als erloschen angesehen werden.

2) Zu den in dem §. angeführten Erlöschungsarten der fideicommissarischen Substitution können auch noch folgende Fälle hinzugezählet werden:

a. Wenn die Personen, zu deren Gunsten die Substitution geschah, gültig auf das Erbrecht Verzicht leisteten.

b. In dem Falle, als der Erblasser nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherben berufen hat, die zur Zeit des errichteten Testamentes noch nicht geboren sind, erlischt die Substitution in Bezug auf unbewegliche Sachen, wenn kein Nachberufener des ersten Grades, und in Ansehung beweglicher Sachen, wenn keiner des zweyten Grades mehr vorhanden ist (§. 612). Dann

c. erlischt ganz natürlich diese Substitution, wenn der Gegenstand des Fideicommisses zu Grunde geht.

§. 616.

Insbesondere verliert die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution (§§. 608 u. 609) ihre Kraft, wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bey voller Besonnenheit war, oder wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandes-Gebrauches die freye Verwaltung seines Vermögens eingeräumt hat; und die Substitution lebt nicht wieder auf, ob er gleich wegen Rückfalls wieder unter einen Cura-

tor gesetzt worden ist, und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung errichtet hat.

1) Wenn der Erblasser einen sinnlosen Erben Jemanden substituirt, so ist zu vermuthen, daß er auf den Zustand der Sinnlosigkeit, und der daraus resultirenden Testirungs-Unfähigkeit Rücksicht genommen habe, und daß er sonst den Haupterben in seinem freyen Verfügungsrechte nicht beschränkt haben würde. — Aus diesem Grunde verliert die Substitution ihre Kraft: a) wenn das Gericht den sinnlos Gewesenen, und deßhalb unter Curatel Gesetzten, die freye Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat, und b) wenn auch dieses noch nicht geschehen ist, der für blöd- oder irrsinnig Erklärte aber ein Testament oder überhaupt eine letzte Anordnung gemacht hat, und dabey bewiesen wird, daß er zur Zeit derselben bey voller Besonnenheit war (§. 567).

2) Die vom Erblasser gemachte fideicommissarische Substitution lebt aber auch dann nicht wieder auf, wenn der eingesetzte Erbe wegen eines Rückfalls wieder unter einen Curator gesetzt worden ist, und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung gemacht hätte, weil das, was erloschen ist, ohne einen neuen Act in diesem Zustande bleibt, und weil der Erbe nach erlangter Testirungs-Fähigkeit so zu betrachten ist, als wenn er von jeher testirungsfähig gewesen wäre.

§. 617.

Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen erhalten hat.

1) Der gegenwärtige §. ist, wie von Zeiller bemerkt, von dem Falle zu verstehen, wo der Erblasser seinem Kinde, von dem er keine Nachkommenschaft erwartet, einen Fremden (keinen Abstämmling) zum Nacherben bestimmt; weil nicht zu vermuthen ist, daß der Erblasser die Substitution zum Nachtheile der Abstämmlinge seines Kindes, die also zugleich seine eigenen Abstämmlinge sind, wolle bestehen lassen.

2) Das Gesetz redet hier ausdrücklich nur von einem Kinde des Erblassers, es ist daher gegenwärtige Vorschrift nicht auch auf den Fall auszudehnen, wo ein anderer durch eine fideicommissarische Substitution beschränkter Erbe eine Nachkommenschaft erhält.

§. 618.

Fideicommiß.

Ein Fideicommiß (Familien-Fideicommiß) ist eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger, als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird.

1) Von den fideicommissarischen Substitutionen, welche auf Zeitgenossen des Erblassers, oder wenigstens bloß auf den ersten oder zweyten Grad der Nachkommenschaft eingeschränkt sind (§§. 608, 611 u. 612), unterscheiden sich die eigentlichen Fideicommisse, kraft welcher ein Vermögen immer fort, oder doch durch mehrere Grade der Nachkommenschaft, von einem Mitgliede der Familie auf ein anderes übertragen werden soll. Zur deutlicheren Bezeichnung nennt man sie daher auch Familien-Fideicommisse, und nur diese werden hier unter dem kürzeren Ausdrucke: „Fideicommiß" verstanden [1]).

2) Es ist sehr viel darüber gestritten worden, ob das Rechtsinstitut der Fideicommisse in einem Staatsverbande aufrecht erhalten, oder vielmehr ganz verbannt werden solle. — Viele erklärten sich für die Verwerflichkeit desselben, weil alles das, was dem Handel und Verkehr entgegenstrebt, gemeinschädlich sey, — weil das, was zum Vortheil einiger Familienglieder mit Ausschluß der übrigen Mitglieder des Staates abzweckt, unbillig und unrechtlich erscheine, — und durch die Begünstigung dieses Institutes das Vermögen nur einzelnen Personen zugewiesen wird, wodurch sich die Zahl der Armen gegen die der Bemittelten und Reichen unverhältnißmäßig vergrößere,

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

und sohin auch die Bevölkerung (in so fern sie in einem glücklichen Verhältnisse zur Erdfläche und zur Beschaffenheit des Bodens steht) nothwendig darunter leiden müßte. Diese Gründe haben allerdings Alles für sich, wenn es sich um die Beantwortung der Frage handeln würde, ob es den Staatsbürgern erlaubt seyn soll, Fideicommisse nach Willkühr zu errichten; allein sie reichen nicht aus, um die ausnahmslose Verwerflichkeit dieses Institutes zu rechtfertigen. — Dieses Institut hat auch seine empfehlenswerthe Seite. — Ohne Zweifel wäre der Antrag verwerflich, das Vermögen aller Staatsbürger mit Fideicommisse zu beschweren, allein ausnahmsweise, besonders in Ansehung der ersten Stände des Staates, sind Fideicommisse unstreitig sehr nützlich; indem sie gewissen Familien, deren Wohlstand mit dem Glanze und der Sicherheit der Krone in inniger Verbindung steht, ihr Ansehen bewahren, und sie vor ihrem Untergange schützen. — Darum haben auch Gesetzgebungen, die das Institut der Fideicommisse verwarfen, dasselbe wieder unter einer etwas veränderten Form hervorgerufen. Einen auffallenden Beleg hierzu liefert die französische Gesetzgebung. Aus Gründen, die sich aus dem Gange der französischen Revolution leicht erklären lassen, ging ein gewisser Haß gegen die Fideicommisse in dem Code-Napoléon über, allein noch unter seiner Regierung wurde durch die Decrete vom 1. März, 21. Juny 1808 und 3. März 1810 dieser Mangel gehoben, und Fideicommisse und Majorate wurden unter dem Adel wieder zulässig gemacht [1]). — Eine weise Gesetzgebung wird daher die Errichtung von solchen Fideicommissen im Allgemeinen als unzulässig erklären, aber auch Ausnahmen von dieser Regel Statt geben.

3) Weil aber Fideicommisse, wenn sie auf einer Seite für den Staat empfehlenswerth erscheinen, auf der andern Seite nachtheilig auf diesen einwirken, findet sich die öffentliche Verwaltung bewogen, dieses Rechtsinstitut überhaupt einer strengen, fortwährenden Aufmerksamkeit zu unterwerfen, und theils durch

1) Siehe Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechtes. Von Dr. Carl Fridrich von Dalwigk, Präsidenten des herzogl. Nassau'schen Ober-Appellations-Gerichtes ꝛc., 3. Thl., S. 1 — 10.

die Gesetzgebung selbst den dem allgemeinen Wohle widerstrebenden Ausartungen vorzubeugen, theils ihren unmittelbaren Einfluß auf dasselbe sich fortwährend zu erhalten.

4) Das Gesetz erklärt ein Fideicommiß als eine Anordnung des Erblassers, wodurch ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsnachfolger als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird. — Meistens wird die Errichtung eines Fideicommisses in einer letztwilligen Anordnung geschehen, aber nothwendig ist dieses nicht. — Daß eine solche Anordnung auch durch einen Vertrag unter Lebenden gemacht werden könne, gehet ganz deutlich aus dem §. 628 hervor. Darum kann auch im Allgemeinen nicht behauptet werden, daß ein Fideicommiß die innere und äußere Form einer letzten Willens-Erklärung haben müsse; sondern seine Form wird von dem Umstande abhängen, ob es durch einen Vertrag unter Lebenden oder durch eine letzte Willens-Erklärung constituirt werden soll. — Wird ein Fideicommiß durch Vertrag unter Lebenden gestiftet, so bedarf es nur der Form eines Vertrages überhaupt, und es ist zur Verbindlichkeit desselben nicht einmahl nothwendig, daß er schriftlich errichtet werde, obschon die Errichtung einer schriftlichen Urkunde hierüber nöthig ist, weil nach §. 627 zur Errichtung des Fideicommisses die Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt angesucht werden muß, welche die Vorlegung der die Constituirung des Fideicommisses in sich enthaltenden Urkunde nothwendig macht. — Allein hat der Eigenthümer sich bereits mündlich gegen Jemanden verbindlich gemacht, ihm und resp. seiner Familie ein bestimmtes Vermögen als ein Fideicommiß zu überlassen; so kann er dann auch zur Ausstellung einer solchen Urkunde rechtlich angehalten werden. — Denn nur, wenn sich die Parteyen ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben, wird er vor ihrer Unterschrift nicht als geschlossen angesehen (§. 884). Der Behauptung, daß wenn sich die Errichtung des Fideicommisses auf einen Vertrag unter Lebenden gründet, die Testaments-Förmlichkeiten nicht beobachtet werden dürfen, scheint der Umstand entgegen zu stehen, daß es sich bey selber auch immer um die Erbfolgeordnung handle.

Allein dieser Umstand macht den Vertrag noch zu keinem Erbvertrage, dessen Gegenstand der künftige Nachlaß des Versprechers ist (§. 1249).

5) Der Gegenstand des Fideicommisses ist der gesetzlichen Erklärung zu Folge ein Vermögen überhaupt. Es kann also das ganze freyvererbliche Vermögen, oder ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil, oder auch nur eine Summe Geldes, oder eine einzelne unbewegliche oder bewegliche Sache, z. B. ein Familienschmuck seyn; das Gesetz erkennet hier keinen Unterschied. — Indessen mag es für die gesetzgebende Gewalt, von deren Einwilligung die Errichtung eines Fideicommisses abhängig ist, allerdings einen Unterschied begründen, welcher Vermögenszweig zum Fideicommisse verwendet werden solle, und selbe mag sich geneigter finden, die Bewilligung zur Errichtung eines solchen zu ertheilen, wenn ein Grundvermögen hierzu gewidmet, als wenn dasselbe lediglich in Geld bestehen soll, weil durch ersteres der Zweck des Fideicommisses unstreitig am besten erreicht wird.

6) Die Errichtung des Fideicommisses geschieht zu Gunsten einer Familie. Gewöhnlich ist es, daß der Fideicommiß-Stifter dadurch seine eigene Familie zu begünstigen sucht; aber nothwendig ist dieses nicht, er kann auch eine fremde Familie damit betheilen, und solche Fälle lassen sich selbst in der Erfahrung nachweisen. Obschon übrigens solche Fideicommisse nur zu Gunsten adeliger Familien errichtet zu werden pflegen, so hat sie doch das Gesetz nicht auf diese beschränket, und es sind sohin auch unadelige Familien hiervon nicht ausgeschlossen, wenn gleich sich die gesetzgebende Gewalt seltener dazu bestimmt finden mag, die Einwilligung zur Errichtung unadeliger Fideicommisse zu ertheilen.

§. 619.

Hauptarten der Fideicommisse.

Das Fideicommiß ist insgemein entweder eine Primogenitur, oder ein Majorat, oder ein Seniorat; je nachdem der Stifter desselben die Nachfolge entweder dem Erstgebornen aus der älteren Linie, oder dem Nächsten aus der Familie dem

Grade nach, unter mehreren gleich Nahen aber dem Aelteren an Jahren, oder endlich, ohne Rücksicht auf die Linie, dem Aelteren aus der Familie zugedacht hat.

§. 620.

Im Zweifel wird die Primogenitur eher, als ein Majorat oder Seniorat; und das Majorat wieder eher, als ein Seniorat vermuthet.

§. 621.

Erbfolge in denselben.

Bey der Primogenitur gelangt eine jüngere Linie erst nach Erlöschung der älteren zum Fideicommisse; so, daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln, Urenkeln und weiteren Nachkömmlingen weichen muß.

1) Der Gründer oder Stifter eines Fideicommisses hat, wie von Zeiller bemerkt, zunächst zur Absicht, daß der Nahme, der Wohlstand und das Ansehen einer Familie wenigstens in einem Zweige dauerhaft erhalten und fortgepflanzt werde. — Dieser Absicht ist es entsprechend, wenn das Fideicommiß-Gut zunächst immer nur auf ein Mitglied der Familie, und zwar aus der den Familiennahmen fortpflanzenden männlichen Nachkommenschaft übergehe. — In früheren Zeiten waren die Töchter vom väterlichen Erbe überhaupt ausgeschlossen. Schon vor Moses Zeiten war bey den Israeliten den Töchtern die väterliche Erbschaft ganz untersagt. — Nach attischem Rechte erbten die Schwestern und Schwester-Kinder nach den Brüdern und Bruderskindern, jedoch vor den Oheimen und deren Geschwisterkindern. Eben so erbten in der absteigenden Linie die Urenkel durch Söhne und Enkel, vor den Enkeln durch weibliche Descendenten. Als bey den Römern sich der Reichthum vermehrte, und Familien entstanden, deren Vermögen erhalten werden mußte, wurde durch die Lex Voconia die Vererbung des Vermögens an Frauenspersonen eingeschränkt. — Im armeni-

schen Reiche war nach Justinian das männliche Geschlecht allein erbfähig; die Töchter, welche heiratheten, erhielten nicht einmahl ein Heirathsgut. Diesen ähnlich waren auch die Erbfolgegesetze der alten Deutschen. Bey diesen lag der Grund der Unfähigkeit der Erbfolge der Töchter theils in der auf den liegenden Gütern haftenden Verbindlichkeit zu Kriegsdiensten, theils in der Verbindlichkeit zur Blutrache, und darin, daß nach altdeutscher Sitte der Mann den Aeltern die Tochter abkaufte, und wegen der künftigen Nahrung der Frau ihnen Sicherheit geben mußte. — Nur mit dem Bekanntwerden des römischen Rechtes und der Verbreitung der christlichen Religion entstand allenthalben eine Erbfähigkeit der Töchter, wenn zur väterlichen Verlassenschaft keine Söhne vorhanden waren. — Die auf italienischen Rechtsschulen gebildeten Jünglinge, womit die deutschen Richterstühle besetzt wurden, suchten aber dennoch die Nov. 118 auch auf den Adel in Deutschland anzuwenden. Hierdurch wurde die Grund-Maxime des Adels: Glanz und Fortdauer, auf unabsehbare Generationen in der Wurzel gefährdet, daher nahm er seine Zuflucht zu Privat-Familien-Verordnungen und Vereinen, man bestimmte gewisse Güter einzig zum Flor und Erhaltung des Stammes (Stammgüter genannt), nach Art anderer öffentlichen Stiftungen, und man erfand weibliche Verzichte, die entweder unbedingt, oder bedingt bis auf den ledigen Anfall lauteten, d. i. wenn die verzichtende Tochter die Erlöschung des Mannsstammes und den Anfall an sie erleben würde, um dadurch des Mannsstammes ausschließendes Erbrecht gegen römisch gesinnte Richter zu sichern. Auf diese Art und Weise geschah der Uebergang zur Errichtung von Familien-Fideicommissen [1]).

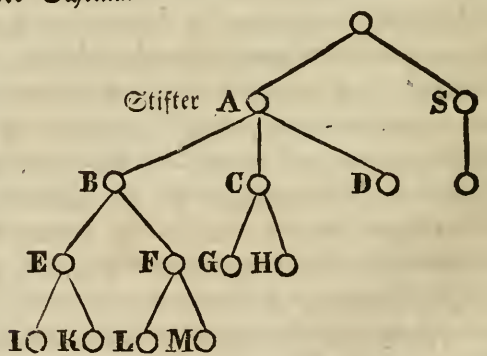
2) Es ist demnach eine natürliche, aber keineswegs wesentliche Eigenschaft eines jeden Fideicommisses, daß es nur auf die männlichen Abstämmlinge übergehe (§. 626). Der allgemeine Ausdruck „Fideicommiß" bezeichnet indessen nur den Gattungsbegriff, welcher drey Hauptarten in sich begreift, die sich in An-

1) Siehe das oben angeführte Werk des Herrn Präsidenten Dalwigk 3. Thl. S. 18 — 30.

sehung der zur Erhaltung des Erbgutes in der Familie festgesetzten Ordnung der Erbfolge von einander unterscheiden. — Diese Hauptarten sind nun aber: die Primogenitur, das Majorat und das Seniorat.

3) Die Primogenitur ist jene fideicommissarische Anordnung, zu Folge welcher die Nachfolge dem Erstgebornen aus der älteren Linie zukömmt. — Wer für seine Familie ein Fideicommiß gründet, nimmt, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, nach der Ordnung der Natur zuerst auf seine nächsten männlichen Abstämmlinge Bedacht, und weil zunächst nur Einer aus ihnen zum Besitze des Fideicommiß-Gutes gelangen soll, so ist es natürlich, daß jener, der zuerst geboren ist, das frühere, ausschließende Recht erwerbe. — Was hier von dem Erstgebornen des Stifters gesagt ist, gilt dann auch von dem Erstgebornen des ersten Erwerbers, der die erste oder älteste Linie gegründet hat, von dem das Recht wieder auf seinen Erstgebornen, und so weiter immer nach der Erstgeburt fortgepflanzt wird. — Die Nachfolge bleibt also bey der Primogenitur so lange bey der älteren Linie, als in derselben ein von einem männlichen Vorfahren abkommender Nachkomme vorhanden ist. Ich sage männlichen Vorfahren; denn da die weiblichen Abstämmlinge, der Regel nach, von der Erbfolge ausgeschlossen werden, so sind es auch ihre obgleich männliche Descendenten, weil sonst in der Nachfolge ein Sprung geschehen müßte. — Geht ein Nebenast in der erstgebornen Hauptlinie gänzlich aus, so gelangt die Succession an den zweyten Nebenast, so wie sich derselbe der Erstgeburt am nächsten zieht. Auf den Grad der Verwandtschaft kömmt es dabey so wenig an, als ob Jemand ein vollbürtiger, oder nur ein Halbbruder sey, wenn nur die Verwandtschaft auf väterlicher Seite vorhanden ist. — Hinterläßt also der letzte Besitzer keine männliche Descendenz, wohl aber Brüder, Bruders-Söhne, oder männliche Nachkommen von Brüdern in weiteren Graden; so succedirt unter diesen der ältere Bruder, oder dessen erstgeborner Sohn, oder des erstgebornen Sohnes ältester Sohn, mit gänzlicher Ausschließung aller nachgebornen, so wie der etwa vorhandenen Vatersbrüder. — Eben so, wenn der letzte Besitzer

weder Descendenten, noch Brüder, noch männliche Nachkommen von Brüdern verläßt, gelangt die Nachfolge auf den nächstgebornen Bruder seiner Vaters und dessen männliche Descendenz, nach gleicher Ordnung der Erstgeburt. Sind auch keine Vaters-Brüder oder männliche Nachkommen von selben mehr vorhanden, so wird der nächstgeborne Bruder von dem Großvater des letzten Besitzers, nebst dessen männlichen Nachkommen, überall nach der Ordnung der Erstgeburt, zur Nachfolge berufen. So lange von dem erstgebornen Sohne des Stifters noch ein männlicher Abkömmling vorhanden ist, bleibt das Fideicommiß immer in derselben Linie, mit Ausschließung aller übrigen. — Nach gänzlicher Erlöschung dieser Linie gelangt die Linie von dem zweyten Sohne des Stifters zur Succession, und schließt die jüngeren Linien aus. — In dieser zweyten Linie gilt, wegen der beständig zu beobachtenden Ordnung der Succession nach dem Rechte der Erstgeburt, ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer, eben das, was in Ansehung der ersten Linie gesagt worden ist [1]). Zur sinnlicheren Anschauung diene nachstehendes Schema.



Nach diesem Schema kömmt nun das Fideicommiß-Gut von A auf den B, mit Ausschluß seiner Brüder C und D, dann von B auf E mit Ausschluß seines Bruders F, und von E auf I, mit Ausschluß seines Bruders K. Stirbt aber der I ohne Hinterlassung männlicher Abstämmlinge, so fällt das Fideicommiß-Gut auf seinen Bruder K, wäre aber dieser gleichfalls ohne Hin-

1) Siehe preußisches Landrecht 2. Thl., 4. Tit., §§. 149 — 159.

terlassung männlicher Abstämmlinge gestorben, so würde der zweytgeborne Sohn des B oder der älteste Bruder des E, und in so fern dieser nicht mehr am Leben wäre, dessen ältester Sohn, nähmlich nach vorliegendem Schema, der L als Nachfolger im Fideicommisse eintreten. Wäre auch dieser nicht mehr am Leben, so würde das Fideicommiß-Gut auf dessen Bruder M fallen, und in so fern auch dieser mit Tod abginge, so käme des Stifters zweytgeborner Sohn, nähmlich der C oder des letzteren erstgeborner Sohn G, und wäre auch dieser nicht mehr vorhanden, der H an die Reihe. Endlich erst würde die Succession auf den D und seine Nachkommen gelangen, und nach Absterben dieser Linie würde, wenn sonst keine weitere Vorsorge getroffen wäre, das Fideicommiß erlöschen.

4) Der Stifter kann aber auch in der Ordnung der Nachfolge, theils die Nähe des Grades, in welchen ein Mitglied der Familie mit ihm verwandt ist (§. 41), theils das reifere Alter, worauf auch bey der Primogenitur Rücksicht genommen wird, zum entscheidenden Momente vor der Primogenitur wählen. — Je nachdem zuerst auf die Nähe des Grades, nebstbey aber auch auf das höhere Alter, oder nur allein auf das letztere (ohne Rücksicht auf einen näheren Grad) gesehen werden soll, ist das Fideicommiß entweder ein Majorat oder Seniorat. Es folgt also nach dem obigen Beyspiele in einem Majorate dem Stifter A zwar auch sein erstgeborner Sohn B, welcher ihm näher am Grade, als der Bruder des Stifters S, ist. Allein, wenn B vor dem A mit Tode abgegangen wäre, so würde nicht, wie in der Primogenitur, dessen Sohn E, sondern die dem Grade näher verwandten C und D, und zwar unter diesen der ältere C succediren, wenn gleich E, F und G aus der vorzüglicheren Linie sind.

5) Bey einem Seniorate sieht man weder auf die Erstgeburt, noch auf die Nähe des Grades, sondern einzig auf den Umstand, wer der Aelteste in der Familie sey. Wenn also z. B. der A ein Seniorat angeordnet hätte, so würde sein Bruder S vor allen oben angedeuteten Personen zum Besitz des Fideicommisses gelangen, weil er ihnen an Jahren vorgeht [1]). Wenn zwey

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 5 — 7.

Familienglieder, welche den Jahren nach die gleich ältesten sind, auf das Fideicommiß Anspruch machen, und es kann der Zeitpunct ihrer Geburt nicht genau ausgemittelt werden; so muß nach den Vorschriften des preußischen Landrechtes [1]) das Loos unter ihnen entscheiden. Würde der Fall in Oesterreich vorkommen, so scheint nach der Analogie der §§. 25 und 624 für die Theilung des Genusses des Fideicommisses zwischen diesen beyden entschieden werden zu müssen.

6) Geht aus der Anordnung nicht deutlich hervor, welche aus den hier erörterten gewöhnlicheren Arten der Fideicommisse Statt haben soll, so streitet aus den bereits Nr. 3 angeführten Gründen die Vermuthung zuerst für die Primogenitur. Aber auch das Majorat wird im Zweifel eher als ein Seniorat vermuthet; weil jenes der Primogenitur sich mehr nähert, als ein Seniorat, und vermuthet wird, daß der Stifter die näheren Verwandten vor den entfernteren, also z. B. den Sohn des ersten Erwerbers vor dem Bruder desselben habe begünstigen wollen; weil ferner hohes Alter die Aufsicht, Verwaltung und Verbesserung des Fideicommiß-Gutes erschwert; endlich Seniorate einem häufigeren Wechsel der Besitzer, folglich auch häufigeren Verminderungen des Vermögens (durch Taxen und Sterbgebühren) ausgesetzt sind, weßwegen sie auch meistens nur als eine Versorgung für das hülflose hohe Alter angesehen werden müssen.

§. 622.

Der Stifter kann auch die Ordnung der Erbfolge ganz umkehren, und den Letztgebornen aus der älteren Linie, oder den Jüngsten aus allen Linien, oder überhaupt denjenigen berufen, welcher im Grade entweder dem Fideicommiß-Stifter, dem ersten Erwerber, oder dem letzten Besitzer am nächsten kömmt.

1) Die bisher aufgeführten Arten der Erbfolge in einem Fideicommisse sind nur die gewöhnlichen und regelmäßigen.

[1]) 2. Thl., 4. Tit., §. 132.

Die Gesetzgebung wollte aber dadurch dem Erblasser nicht die Hände binden, und ihm das Befugniß benehmen, durch eine ausdrückliche Disposition andere, von diesen hier aufgezählten, abweichende Erbfolgeordnungen festzusetzen. — Indessen erheischt es, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, die Billigkeit, oder der Zweck und die Klugheit, daß er wenigstens nicht sehr von denselben abweiche; und bey wirklichen Abweichungen ist eine genaue und ausführliche Bestimmung der Erbfolgeordnung um so nöthiger, als die Gesetzgebung unmöglich für alle gedenkbaren Fälle ausdrückliche Bestimmungen festsetzen kann, welche den Abgang der ausdrücklichen Willens-Erklärung suppliren sollten.

2) Sollte der Stifter aber wirklich Abweichungen festsetzen, ohne sich dießfalls in eine nähere Erörterung derselben einzulassen; so müßten immer die geringsten Abweichungen vermuthet werden. Aus dieser Bemerkung folgere ich, daß auch nach österreichischem Rechte die Regel gelte [1]), daß, wenn der Stifter einen jüngeren, als dem Erstgebornen aus der älteren, oder einen aus der jüngeren Linie zum Erwerber berufen hätte, und diese zuerst berufene Linie erloschen wäre, im Mangel einer ausdrücklichen anderen Verfügung sich die Successions-Ordnung dennoch nach der Erstgeburt richte, dergestalt, daß die jüngeren Linien immer von den älteren ausgeschlossen werden. Denn es genügt offenbar, dem Stifter unter mehreren Gliedern seines Geschlechts die Wahl zu lassen, wen er zuerst zum Fideicommiß berufen will; da er aber in den meisten Fällen die Nachkömmlinge des ersten Erwerbers nicht kennt, so kann die folgende Vererbung ihm in so fern gleichgültig seyn, als nur der Zweck und die Absicht seiner Stiftung: die Erhaltung seiner Familie und seines Nahmens, dadurch erreicht wird [2]). Ist die Succession zwar ebenfalls nach der Nähe des Grades, jedoch dergestalt angeordnet, daß unter mehreren gleich Nahen der jüngere den älteren ausschließt; so kann ein solches Fideicommiß ganz füglich ein Minorat, so wie dann, wenn die Erbfolge den Jüngsten aus allen Linien trifft, ein Juniorat genannt werden.

1) Siehe preußisches Landrecht 2. Thl., 4. Tit., §. 165.
2) Siehe Dalwigk a. a. O. S. 52.

§. 623.

Hat der Stifter hierüber seinen Willen nicht bestimmt ausgedrückt, so wird mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer, als auf den Fideicommiß-Stifter und ersten Erwerber genommen. Sind mehrere Personen in gleichem Grade vorhanden, so gibt das höhere Alter den Ausschlag.

1) Der gegenwärtige §. bezieht sich auf den Schluß des vorigen §. Diese gesetzliche Anordnung beruht auf dem Grundsatze, daß die Primogenitur der Natur eines Fideicommisses am meisten entspreche; und daß daher in zweifelhaften Fällen auch beyden anderen Arten von Fideicommissen, in so ferne die Wesenheit denselben nicht entgegen stehet, jene Principien in Anwendung kommen müssen, auf welche die Primogenitur beruhet. Es wird daher in dem Falle, wenn der Stifter die Erbfolge zwar nach der Nähe des Grades angeordnet, aber nicht deutlich bestimmt hat, ob die Nähe des Grades auf den Stifter, oder auf den ersten Erwerber, oder letzten Besitzer bezogen werden soll, so wie bey der Primogenitur, mehr Rücksicht auf den letzteren genommen. Dadurch nähert sich auch die Fideicommiß-Nachfolge mehr der gesetzlichen Erbfolge; auch ist es zur Aufrechterhaltung des Fideicommisses ungleich vortheilhafter, wenn auf den letzten Besitzer mehr Rücksicht grnommen wird, als auf den ersten Erwerber oder Fideicommiß-Stifter; weil in diesem Falle die Anwärter größtentheis bekannt sind, wogegen sie, wenn das Gegentheil angeordnet wäre, nicht so leicht erkennbar seyn würden, und selbe daher in Fällen, wo ihre Einvernehmung nothwendig wird, größtentheils durch Curatoren vertreten werden müßten.

2) Herr Hofrath von Zeiller bemerkt am Schlusse, daß zwischen Personen von gleichem Grade, wie bey Majoraten, das höhere Alter den Ausschlag gebe. — Allein ich glaube, daß im vorliegenden Falle ein wirkliches Majorat vorhanden sey, indem der §. 619, welcher den Begriff eines Majorats aufstellt, sich darüber nicht näher erklärt, von welcher Person

aus die Nähe des Grades bemessen werden solle. Es scheint mir daher, daß es für die Wesenheit des Majorats gleichgültig seye, ob die Nähe des Grades mit Bezug auf den Fideicommiß-Stifter, ersten Erwerber oder letzten Besitzer bemessen werde. Wollte man behaupten, daß bey dem eigentlichen Majorate die Nähe des Grades mit Bezug auf die Person des Stifters oder ersten Erwerbers bemessen werden müßte, so müßte man annehmen, daß der Gesetzgeber im §. 619 eine Successionsart als die regelmäßige aufgestellt habe, gegen welche nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. die Vermuthung streitet, und daß sohin, wenn der Stifter ganz so, wie sich der §. 619 ausdrückt, verfügt hätte, nähmlich, daß die Nachfolge dem Nächsten der Familie dem Grade nach zustehen solle, er kein eigentliches Majorat errichtet hätte, weil wegen der Unbestimmtheit des Ausdruckes angenommen werden müßte, daß hier auf den letzten Besitzer Rücksicht genommen werden müsse.

§. 624.

Wenn der Stifter anordnet, daß das Fideicommiß immer dem Nächsten aus der Familie zufallen soll; so wird darunter derjenige verstanden, welcher nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge aus der männlichen Nachkommenschaft der Nächste ist. Zwischen mehreren gleich Nahen wird, sofern aus der Anordnung nicht das Gegentheil erhellet, der Genuß des Fideicommisses getheilt.

Diese, das Fideicommiß-Gut, wie von Zeiller bemerkt, nicht begünstigende Vorschrift behält nur zwey von der gemeinen Erbfolge abweichende Bestimmungen bey, nähmlich: a) daß die weibliche Nachkommenschaft dabey ausgeschlossen ist, und b) daß nur Verwandte gleichen Grades bey der Nachfolge concurriren, und ein Repräsentationsrecht hier nicht Statt findet. So z. B. würden wohl zwey Brüder den Genuß des Fideicommisses mit einander zu theilen haben, nicht aber auch der Bruder mit den Descendenten seines verstorbenen Bruders. — Würde aber

der Stifter anordnen, daß das Fideicommiß immer nur Einem Mitgliede zufallen soll; so würde man sich an die Analogie des vorigen §. zu halten haben, und daher das Fideicommiß bey dem Vorhandenseyn zweyer gleich nahen Verwandten dem an Jahren älteren den Vorzug geben müssen.

§. 625.

Hat Jemand nebst dem Fideicommisse für die erstgeborne Linie ein zweytes, oder mehrere Fideicommisse für die nachgeborne Linie errichtet; so gelangt der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines andern Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommisse berufenen Nachkömmlinge vorhanden sind, und die Fideicommisse bleiben nur so lange in einer Person vereiniget, bis wieder zwey oder mehrere Linien entstehen.

1) Wer reich und begütert genug ist, um für den Glanz und Wohlstand mehrerer von ihm ausgehenden Linien sorgen zu können, pflegt zwey oder mehrere Fideicommisse, eines für die erstgeborne, ein anderes zum Besten der zweytgebornen, und vielleicht noch eines zum Vortheile der drittgebornen Linie u. s. w., also eine Secundo-, Tertio- (oder auch Quarto-) Genitur zu stiften. Der Zweck ist, dem Nachgebornen, der sich sonst mit dem Pflichttheile, oder einer mäßigen Appanage begnügen müßte, ein größeres Einkommen, und hierdurch die Gelegenheit zur Gründung einer Nachkommenschaft zu verschaffen, damit selbst in dem Falle, daß die Glücksumstände der Primogenitur herunter gesetzt würden, der Nahme und das Ansehen des Geschlechts um so sicherer fortgesetzt werde.

2) Sowohl aus der ursprünglichen Absonderung der Primogenitur von der Secundogenitur, als auch aus dem dabey vorgesetzten Zwecke (Nr. 1) ist der Wille des Stifters zu folgern, daß die Secundogenitur auch künftig ohne Nothfall mit

der Primogenitur nicht vereinigt werden soll. Daher die Vorschrift des Gesetzes, daß der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines andern Fideicommisses gelangen soll, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommiß berufene Nachkömmlinge mehr vorhanden sind. Erlischt also die zweyte Linie, so geht das zweyte Fideicommiß auf die dritte, und bey deren Ermangelung auf die vierte Linie über. Erlischt die erste Linie, so hat zwar die zweyte Linie ein gegründetes Recht auf die Erbfolge in das Fideicommiß, existirt aber eine dritte Linie des Stifters, so gelangt die zweyte Linie nicht eher zum Besitze des ersten Fideicommisses, bis sie an diese dritte Linie das bisher besessene Fideicommiß-Gut abgegeben hat, weil solches der Absicht des Stifters gemäß der Secundogenitur gewidmet ist. — Ob die Fideicommisse von dem nähmlichen Stifter, oder von verschiedenen Stiftern errichtet worden sind, macht hier keinen Unterschied; welches in dem gegenwärtigen §. durch den allgemeinen Ausdruck: „Jemand" deutlich angezeigt ist.

3) Sind zuletzt alle von dem Stifter herstammende männliche Linien bis auf Eine erloschen, so kommen zwar in dieser beyde Fideicommisse zusammen; sind aber in dieser Linie noch zwey oder mehrere Nebenäste vorhanden, so fällt das zweyte Fideicommiß an denjenigen Ast, welcher nicht Besitzer des ersteren, jedoch im Verhältniß zum Stifter zur Succession in selbes nach den Grundsätzen der Primogenitur am nächsten ist. — Unter den verschiedenen Mitgliedern dieses Nebenastes gelangt dasjenige zur Succession, welches sich unter den übrigen der Erstgeburt im Verhältniß gegen den Stifter am nächsten zieht.

4) Sind in der noch übrigen Linie keine weiteren Abstämmlinge des Stifters mehr vorhanden, als der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Descendenz; so erhält dieser beyde Fideicommisse. — Sie bleiben alsdann so lange bey einander, bis wieder zwey oder mehrere Linien entstehen. — In diesem Falle bleibt das erste Fideicommiß bey der erstgebornen Linie, und das zweyte fällt auf die nächste nach ihr. — Nach eben diesen Grundsätzen ist die Successions-Ordnung zu bestimmen, wenn in einer Familie drey oder mehrere von einem Stifter

herrührende Fideicommisse vorhanden sind. Hat der Stifter jeder der von ihm abstammenden Linien ein Fideicommiß hinterlassen, so gelangt, wenn eine dieser Linien erlischt, das für sie gestiftete Fideicommiß an die erstgeborne; oder, wenn auch diese schon erloschen ist, an diejenige, die sich nach ihr der Erstgeburt am nächsten zieht. Besteht diese Linie aus mehreren Nebenästen, so finden auch alsdann die oben erwähnten Vorschriften ihre Anwendung. In allen Fällen, wo Ein Mitglied der Familie ein nach der Successions-Ordnung auf ihn fallendes Fideicommiß bloß aus der Ursache nicht erlangen kann, weil er sich schon im Besitze eines anderen befindet, muß demselben die Wahl gelassen werden, ob er das nun auf ihn fallende Fideicommiß übernehmen, und dagegen das bisher besessene abtreten wolle. Denn die Absicht des Stifters ging nur dahin, für mehrere Familienzweige zu sorgen, nicht aber den vorzüglich zur Nachfolge im Fideicommisse Berufenen von dem Genuße des erträglicheren Fideicommisses auszuschließen, und einen Nachberufenen vor ihm zu begünstigen. — Im Falle, daß die Vereinigung beyder Fideicommisse für immer von dem Stifter ausdrücklich untersagt, und keine Hoffnung einer Absonderung in der Familie vorhanden wäre, müßte die Erlöschung des zweyten Fideicommisses eintreten (§. 645).

5) Da Secundogenituren mit den Primogenituren den nähmlichen Zweck und die nähmlichen wesentlichen Bestimmungen gemein haben, so richten sie sich auch nach den nähmlichen Vorschriften. Die Glieder der zweyten Linie, für welche das Fideicommiß gestiftet ist, folgen nach den Regeln der Primogenitur. Dieses gilt auch von Tertio-, Quarto-Genituren u. s. w.

§. 626.

Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse. Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll; so geschieht dieses nach der für die männliche Ge-

schlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung; doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor.

1) Die Absicht, warum ein Fideicommiß gestiftet wird, ist, wie mehrmahls erwähnt ward, die Erhaltung des Nahmens und Glanzes der Familie; diese kann durch das weibliche Geschlecht nicht erreicht werden, mithin werden nicht nur die weiblichen Mitglieder der Familie, sondern auch ihre männlichen Abstämmlinge von der Erbfolge im Fideicommiß ausgeschlossen, weil erstere das Recht der Erbfolge, das sie selbst nicht haben, auf ihre Nachkömmlinge nicht übertragen können; so wie also z. B. die erstgeborne Tochter des Besitzers ihrem obgleich nachgebornen Bruder weichen muß, so auch ihr Sohn oder Enkel; ist daher keine andere als die weibliche Nachkommenschaft vorhanden, so ist in der Regel das Fideicommiß erloschen.

2) Hat aber der Stifter des Fideicommisses erklärt, daß solches nach Erlöschung des Mannsstammes an die weibliche Nachkommenschaft fallen solle; so ist nach dem königl. bayrischen Edicte über Fideicommisse §. 89 diese Disposition nur als eine fideicommissarische Substitution gültig, und hat die Wirkung, daß das Fideicommiß vom letzten Besitzer mit Allodial-Eigenschaft an die weiblichen Nachkommen nach der Erbfolgeordnung übergeht, welche in den Civilgesetzen bestimmt ist. — Im Falle aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß mit fortdauerndem fideicommissarischem Verbande auf die weiblichen Linien übergehen solle, so bleibt es auch unter den weiblichen Abkömmlingen bey der Lineal- und Erstgeburtsfolge. Herr Präsident Dalwigk [1]) bemerkt bey Anführung dieses Edictes, daß das österreichische Gesetzbuch die Vermuthung zu weit auszudehnen scheine, wenn es bey der Verordnung des Stifters, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß an die weibliche Linie übergehen soll, ohne der Fortdauer des fideicommissarischen Verbandes ausdrücklich zu gedenken, an-

1) In seinem angeführten Werke, 1. Thl., S. 51.

nimmt, die bey der männlichen Geschlechtsfolge vorgeschriebene Erbfolgeordnung müsse auch in diesem Falle fortgehen. — Allein ich glaube, daß, wenn der Stifter des Fideicommisses nur überhaupt erklärt, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß an die weibliche Nachkommenschaft fallen solle, diese Disposition auch nach österreichischem Rechte nur als eine fideicommissarische Substitution anzusehen seye; hat aber der Erblasser, wie es im gegenwärtigen §. vorausgesetzt wird, ausdrücklich verfügt, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen solle, so scheint mir hieraus der Wille des Stifters hinreichend zu erhellen, daß der fideicommissarische Verband fortdauernd bestehen solle.

3) Hat der Stifter in diesem Falle für die weibliche Descendenz ausdrücklich eine Successions-Ordnung bestimmt, so ist sich ohne Zweifel genau darnach zu richten. — Hat er aber keine solche Successions-Ordnung angeordnet, so ist nach der Rechtsregel, daß von einer Unregelmäßigkeit auf die andere kein Schluß gezogen werden kann, — in einem solchen Falle anzunehmen, daß der Stifter im Uebrigen auch für die weibliche Nachkommenschaft jene Erbfolgeordnung beybehalten wolle, welche für die männliche Nachkommenschaft festgesetzt worden, oder im Zweifel vermuthet werden muß; und weil in der Regel nur Männer im Fideicommisse folgen, so gehen in der nähmlichen Linie die männlichen Erben den weiblichen vor. — Es kömmt daher bey Abgang des Mannsstammes das Fideicommiß an die älteste Tochter des letzten Besitzers und deren Descendenz, und die Succession geht immer nach den Regeln der Erstgeburt auch unter ihren weiblichen Descendenten in so lange fort, bis sich unter jenen Descendenten, an welche die Succession gelangt ist, ein männlicher Abkömmling befindet, welcher alsdann alle seine Schwestern, selbst die älteren, von der Nachfolge ausschließt. — Stirbt die älteste Tochter, ohne Nachkommen zu hinterlassen, oder sind von ihr weder männliche noch weibliche Descendenten vorhanden; so geht die Fideicommiß-Erbfolge nach eben diesen Regeln an die zweyte Tochter des letzten Besitzers und ihre Descendenten. Ist einmahl den vorstehenden Regeln zu-

folge ein vom letzten Besitzer durch weibliche Nachkommen abstammender männlicher Descendent zum Besitze des Fideicommisses gelangt; so tritt unter seiner Nachkommenschaft der Vorzug des Mannsstammes mit Erstgeburtsfolge ein.

§. 627.

Bedingungen zur Errichtung eines Fideicommisses.

Ohne besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt kann kein Fideicommiß errichtet werden. Bey der Errichtung ist ein ordentliches, beglaubtes Verzeichniß aller zu dem Fideicommisse gehörigen Stücke zu verfassen, und gerichtlich aufzubewahren. Dieses Inventarium dient bey jeder Besitzveränderung und bey Absonderung des Fideicommisses von dem freyen Vermögen zur Richtschnur. Für die Sicherheit des Fideicommisses hat das Gericht nach den besonderen Vorschriften zu sorgen.

1) Nach Auseinandersetzung der verschiedenen Arten von Fideicommissen, und der bey jeder derselben Statt findenden Erbfolge, kommt nun die Reihe an die Bedingungen, unter welchen ein Fideicommiß errichtet werden kann. — Die wichtigen politischen Betrachtungen, die der Vervielfältigung der Fideicommisse entgegen stehen (§. 618), führen von selbst darauf, daß kein Fideicommiß, es bestehe in einem beweglichen oder unbeweglichen Gute, in einem mehr oder minder beträchtlichen Betrage, ohne Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt, oder, da in Oesterreich dieselbe dem Landesfürsten ausschließlich zusteht, des Landesfürsten errichtet werden kann. Es muß also in jedem einzelnen Falle der Stifter, oder nach dessen Auftrag der Erbe um die landesherrliche Bestätigung ansuchen. Diese letztere Art ist aber, wie von Zeiller schon bemerkte, um so bedenklicher, als der Erblasser sich die Gelegenheit benimmt, wenn die Bestätigung versagt wird, eine andere Verfügung zu treffen. Was aber von der Bewilligung zur ersten Gründung eines Fidei-

commisses gesagt wird, ist ungezweifelt auch auf eine folgende Ausdehnung, oder auf eine Uebertragung des Fideicommiß-Bandes auf andere Körper, wodurch in selben im Grunde ein Fideicommiß errichtet werden soll, allein weder auf eine Vertauschung einzelner Grundstücke (§. 633), noch auf die Verwandlung eines Fideicommiß-Gutes in ein Capital (§. 634) anzuwenden.

2) Dem Gesuche um Bestätigung des Fideicommisses ist beyzufügen: a) die Urkunde, welche die fideicommissarische Disposition enthält, entweder in Urschrift oder beglaubigter Abschrift; b) das Inventarium oder genaue Verzeichniß aller zum Fideicommisse gehörigen Stücke, damit hieraus die Beträchtlichkeit ersehen werden kann, in beglaubigter Abschrift, da das Original gerichtlich aufzubewahren ist, und für keinen Fall der Partey hinausgegeben wird; c) in so fern das Fideicommiß in unbeweglichen Gütern bestehen soll, ein Extract aus den öffentlichen Büchern, um mit selbem das wirkliche Eigenthum, die Eigenschaft desselben, und seine Belastungen darstellen zu können; d) bey dem durch letztwillige Anordnung errichteten Fideicommissen wäre zu beweisen, daß diese Verfügung von den Betheiligten als rechtsgültig anerkannt, und kein Notherbe an seinem Pflichttheil verletzt seye. Das auf solche Art belegte Gesuch ist der o b e r s t e n politischen Behörde zu überreichen, welche im Falle, daß selbe durch die beygelegten Ausweise nicht alle rechtlichen Bedenken, z. B. in Hinsicht auf die Rechte der Notherben, der übrigen Familienglieder, der Grundherrschaften, deren Gerichtsbarkeit ein oder das andere Stück durch das Fideicommiß-Gut entgehen soll, behoben sehen sollte, sich mit dem obersten Gerichtshofe ins Einvernehmen setzt, welcher nach Umständen hierüber durch das Appellationsgericht von der unteren Gerichtsbehörde Bericht erstatten läßt.

3) Von der landesfürstlichen Entscheidung hängt es ab, ob und in welcher Form das Fideicommiß gültig bestehen soll, und ob bey Veränderung des Fideicommiß-Besitzers nicht eine neue Bestätigung anzusuchen sey. Erst nach der landesfürstlichen Genehmigung wird das ordentliche Fideicommiß-Instrument über die Verfassung des Fideicommisses errichtet, woraus künftig die Rechte und Verbindlichkeiten zu entnehmen sind, deren Handha-

bung in dem Gesetze den Gerichtsbehörden aufgetragen ist. Die Gerichtsbehörde in Fideicommiß-Geschäften ist die Personalbehörde des Fideicommiß-Besitzers [1]).

4) Zur Erhaltung des Fideicommisses und des daraus entspringenden Rechtsverhältnisses ist als Grundlage nothwendig, daß das Fideicommiß-Band der Landtafel, dem Grund- und Vormerkungsbuche, wozu die Fideicommiß-Stücke ihrer Beschaffenheit nach geeignet sind, einverleibet, dann daß sowohl das Inventarium, als alle auf das Fideicommiß sich beziehenden Urkunden, die bey den mannigfaltigen Rechtsverhältnissen zur Richtschnur dienen, gerichtlich aufbewahret werden. Nach dieser Grundlegung werden nicht nur die im Zusammenhange stehenden Geschäfte eines jeden Fideicommisses einem und dem nähmlichen Referenten bey der Gerichtsbehörde zur genauen Aufsicht anvertraut, sondern noch überdieß für jedes Fideicommiß ein oder mehrere Curatoren gewählt, die für die Rechte des Fideicommisses und die Rechte der Anwärter zu sorgen haben [2]). Von den Verpflichtungen der Fideicommiß-Behörden und Curatoren wird in den folgenden §§. umständlicher gehandelt werden.

§. 628.

Widerruf der Errichtung.

Der Fideicommiß-Stifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch Niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat. Und der Wille wird als widerrufen angesehen, wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommisse nicht begriffen ist, geboren wird.

1) Die Fideicommisse verdanken ihre Entstehung einem Vertrage oder einem letzten Willen. Wenn ein solches durch einen letzten Willen angeordnet, allein nicht widerrufen (§. 552), jedoch das

1) Hofdecret vom 23. August 1783.

2) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 3.

vorschriftsmäßige Ansuchen und die Genehmigung des Landesfürsten nicht erfolgt ist; so fällt den Berufenen nach dem Tode des Erblassers ein bedingtes Recht an, das erst durch die höchste Genehmigung in ein unbedingtes übergeht.

2) Ist aber die Bewilligung noch bey Lebzeiten des Fideicommiß-Stifters erfolgt, so ist beym Widerruf zu unterscheiden: ob die Errichtung durch eine einseitige oder zweyseitige Willens-Erklärung geschah. — Im ersten Falle erlangen die Berufenen kein wirkliches unwiderrufliches Recht, bis ihnen das Fideicommiß auf eine rechtliche Art übergeben und von ihnen durch die Uebernahme angenommen worden ist. — Bis dahin hat der Stifter das Recht, seinen Willen zu widerrufen (§§. 552 u. 861). Im zweyten Falle gibt der Vertrag dem Berufenen nach erfolgter Bestätigung ein unwiderrufliches Recht, auf die Erfüllung zu dringen. Selbst vor erfolgter Bestätigung gibt er ihm das Recht, die Mittel zur Erfüllung des Vertrages anzuwenden, folglich den Versprecher zum Ansuchen der Bewilligung anzuhalten, oder selbst darum nachzusuchen; denn der Vertrag an sich ist unter den Pascicenten verbindlich, und nur die Vollziehung ist von der Genehmigung des Landesherrn abhängig, welche nicht zur Wesenheit des Vertrages, vielmehr nur zur Bekräftigung und Aufrechthaltung der fideicommissarischen Anordnung abzwecket.

3) Nebst dem ausdrücklichen Widerrufe stellt das Gesetz die rechtliche Vermuthung auf, daß ein Fideicommiß als widerrufen anzusehen sey, wenn dem Erblasser ein männlicher und ehelicher Erbe, der in dem Fideicommisse nicht begriffen ist, geboren wird; weil es dem natürlichen Gefühle entspricht, daß, wenn der Erblasser dieses Ereigniß vorhergesehen hätte, er das Fideicommiß entweder gar nicht, oder in ganz anderer Art errichtet haben würde. Dieser stillschweigende Widerruf wird also der Regel nach nur dann eintreten, wenn der Erblasser für eine fremde Familie ein Fideicommiß gestiftet hat.

4) Das Gesetz nimmt aber an: a) daß, wie das Wort „Erblasser" deutlich anzeiget, das Fideicommiß in einer letzten Willens-Erklärung gestiftet wurde. Dieses liegt auch

in der Natur der Sache. — Denn trägt der Stifter noch bey seinen Lebzeiten auf die Errichtung eines Fideicommisses an, so ist seine Willens-Erklärung von dem dabey interessirten Theile bereits angenommen, oder nicht. Ist sie bereits angenommen, so hat der annehmende Theil schon ein Recht erworben, und es kann von einem ausdrücklichen Widerrufe, welcher von Wirksamkeit wäre, sohin noch weniger von einem stillschweigenden die Rede seyn. — Ist aber die Willens-Erklärung noch nicht angenommen, so kann ohnehin Niemand ein Recht daraus ableiten, und es bedarf eines Widerrufes gar nicht. Im ersten Falle bliebe dem Notherben nur das im §. 954 erwähnte Recht vorbehalten. — Was in dem Falle Rechtens wäre, wenn sich die Fideicommiß-Stiftung auf eine vertragsmäßige letzte Willens-Anordnung gründete, ist aus demjenigen zu entnehmen, was bey Erläuterung des §. 778 von diesen gesagt werden wird.

5) Der Nachgeborne muß b) von ehelicher Geburt und männlichen Geschlechtes seyn; weil, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, der Gedanke einer unehelichen oder weiblichen, von Fideicommissen ausgeschlossenen Nachkommenschaft den Erblasser dennoch von der Absicht, das Fideicommiß zu errichten, nicht abgebracht haben würde. — Doch ist hier dasjenige vor Augen zu halten, was oben in Rücksicht der legitimirten Kinder (§§. 160 u. 161) und weiter unten über die Verkürzung der Notherben in ihren Rechten vorgeschrieben wird (§§. 775 — 783).

6) Wäre aber der Nachgeborne auch von ehelicher Geburt und männlichen Geschlechtes, jedoch zur Nachfolge im Fideicommisse nahe oder entfernt berufen; so fällt der Grund des vermutheten Widerrufes, somit die Vermuthung weg. Doch scheint auch hier der Umstand berücksichtigt werden zu müssen, ob dieser nachgeborne Erbe einen Anspruch auf einen Pflichttheil zu machen habe, oder nicht, und ob dieser dadurch nicht angegriffen werde. Im bejahenden Falle scheint ihm die Wahl zuzukommen, ob er das Fideicommiß ohne Belassung des Pflichttheiles, oder den Pflichttheil allein ohne die Fideicommiß-Folge annehmen will. — Denn das Recht auf den Pflichttheil kann der Erblasser dem Notherben nicht schmälern.

7) Endlich redet der gegenwärtige §. nur von einem Kinde, welches dem Erblasser (nach oder vor seinem Ableben, jedoch nach errichteter Willens-Erklärung) geboren wird, und könnte also weder auf die Legitimation durch die nachfolgende Ehe (§. 161), oder durch die Begünstigung des Landesfürsten (§. 162), noch auf die Annahme an Kindesstatt (§. 183) ausgedehnet werden.

§. 629.

Grundsatz über die Rechte der Anwärter und des Inhabers des Fideicommisses.

Das Eigenthum des Fideicommiß-Vermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmahligen Fideicommiß-Inhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzeigenthum zu.

1) Aus denjenigen Bestimmungen, welche bisher über Fideicommisse vorgekommen sind, ist ersichtlich geworden, daß zu einem Fideicommisse die Mitglieder einer Familie nacheinander dergestalt berufen sind, daß der Besitz und vollständige Genuß des Fideicommiß-Gutes immer nur Einem, den Uebrigen aber nur ein gegründetes, unwiderrufliches Recht zur Nachfolge in das ganze Fideicommiß zustehet, und sohin die Substanz oder das Stammgut unvermindert erhalten werden muß. — Jener, welcher sich im Besitze und Genusse des Fideicommisses befindet, wird der Fideicommiß-Inhaber oder Besitzer, die Uebrigen werden Anwärter genannt. Den Letzteren ist auch die (ungeborne) Nachkommenschaft beyzuzählen, welcher, zur Verwahrung ihrer Rechte, ein Curator bestellt wird [1]). Man könnte zwar Anstände nehmen, dieser letzteren Behauptung beyzutreten, da der gegenwärtige §. von der (ungebornen) Nachkommenschaft keine Erwähnung macht, und in anderen Gesetzesstellen die Anwärter ausdrücklich von dieser Nachkommenschaft unterschieden werden (§§. 630, 634 u. 644). Allein, da einerseits in allen jenen Fällen, in welchen die Anwärter vernommen werden müs-

1) Siehe Zeillers Commentar.

sen, auch jederzeit der Curator der Nachkommenschaft um seine Meinung befragt, oder seine Einwilligung eingehohlt werden muß, und da andererseits das Fideicommiß noch nicht als erloschen anzusehen ist, wenn alle Anwärter verstorben sind, sondern erst dann, wenn auch keine Nachkommenschaft mehr zu erwarten ist (§. 645); so muß der ungebornen Nachkommenschaft mit allen Anwärtern ein gleiches Recht auf das Fideicommiß-Gut zugeschrieben werden.

2) Nach dieser Absicht wird hier allen berufenen Gliedern, sohin dem gegenwärtigen Fideicommiß-Besitzer sowohl, als den bereits lebenden Anwärtern und der noch ungebornen Nachkommenschaft ein getheiltes Miteigenthum des Fideicommiß-Gutes, und zwar den beyden letzteren ein Obereigenthum, dem jedesmahligen Inhaber aber auch das Nutzungseigenthum, wie sich der §. ausdrückt, zuerkannt. Herr Hofrath von Zeiller gibt als Grund an: „weil der Fideicommiß-Besitzer nicht nur (gleich einem Fruchtnießer) den vollständigen Genuß, sondern als ein zum Fideicommisse berufenes Mitglied, gleich allen Anwärtern, zugleich ein Recht auf die Substanz haben soll." — Allein dieses ist schon im Begriffe „Nutzungseigenthum" enthalten, indem der Nutzungseigenthümer sich von dem Fruchtnießer gerade darin unterscheidet, daß ersterem zugleich, nebst dem Rechte auf Nutzungen, auch ein Recht auf die Substanz der Sache zukömmt, während letzterem nur das Recht auf die Nutzungen zusteht; der gegenwärtige §. sagt aber, daß dem Fideicommiß-Inhaber nebst dem Nutzungseigenthume auch noch ein Theil an dem Obereigenthume zukomme [1]). Dem Fideicommiß-Inhaber steht sohin nicht nur allein das Nutzungseigenthum ausschließend zu, sondern ihm gebührt auch mit allen Anwärtern und der Nachkommenschaft das Obereigenthum gemeinschaftlich. — Die Folgen, welche aus dieser Bemerkung zu ziehen sind, werden an den zukömmlichen Orten berühret werden.

1) Sonst konnte der Schlußsatz das Wörtchen »auch" nicht in sich enthalten.

§. 630.

Besondere Rechte der Anwärter.

Das Obereigenthum berechtiget die Fideicommiß-Anwärter, die Hinterlegung der Fideicommiß-Schuldscheine zu Gerichtshanden zu verlangen; eine üble Verwaltung der Fideicommiß-Güter gerichtlich anzuzeigen; zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiß-Curator in Vorschlag zu bringen; überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nöthige Maßregeln zu treffen.

1) Es liegt in dem Begriffe des Obereigenthumsrechtes, daß diejenigen, denen dieses Recht zusteht, auch befugt sind, alle jene Maßregeln vorzukehren, welche zur Sicherheit der Substanz, welche mit allen Zugehörungen in der Folge auf sie übergehen soll, als nothwendig sind. Zu diesen Befugnissen rechnet das Gesetz insbesonders die hier nachfolgenden Rechte.

2) Den Anwärtern stehet das Recht zu, zu verlangen, daß die Schuldscheine über die zum Fideicommisse gehörigen Capitalien dem Gerichte zur Verwahrung übergeben werden, weil es bedenklich ist, dieselben dem Fideicommiß-Inhaber, oder einem einzelnen Anwärter in Händen zu lassen [1]). — Sind diese Schuld-

1) Die k. k. allgemeine Hofkammer hat in Hinsicht der Arrosirung der mit dem Fideicommiß-Bande vinculirten oder zu Cautionen bestimmten Banco-Obligationen den Beschluß gefaßt: daß, wenn es sich um die Verwendung von Aerarial-Capitalien, die für bestimmte und nothwendige Zwecke, oder als Cautionen, Fideicommisse ꝛc. vinculirt seyn sollen, bey den mit dem Patente vom 29. October 1816 eröffneten 5proc. Conventionsmünz-Anlehen handeln wird, die Vorsicht zu beobachten seye, daß

a) auf den Rücken der auf Ueberbringer lautenden Anlehens-Obligationen die Benennung des betreffenden Haftungsbandes oder vinculirten Zweckes angemerkt, und dieser nähmliche Tergo-Beysatz in dem Liquidations-Buche eingeschaltet werde;

b) die Interessen-Behebung aber zur jedesmahligen Verfallzeit nach Zurückbehaltung der für die Ueberbringer gültigen Zins-Coupons gegen förmliche Quittungen Statt zu finden habe. Von jedem solchen Vinculirungsfalle ist die Anzeige an die allgemeine Hofkammer zu erstatten. (Hofkanzley-Decret vom 2. July 1817; P. G. S., 45 B., S. 169). Eben diese Modalitäten wurden auch auf jene Fälle ausgedehnt, wo es

briefe nicht auf dem Nahmen des Fideicommisses als Gläubiger geschrieben, so liegt in diesem Rechte unzweifelhaft auch das weitere Befugniß, diese Schuldbriefe auf den Nahmen des Fideicommisses umschreiben zu lassen. — Hier kann es auch nicht auf die Stimmenmehrheit ankommen; ohne Zweifel kömmt jedem Fideicommiß-Anwärter dieses Recht für seine Person zu, ohne daß er nöthig hätte, die Zustimmung der übrigen Fideicommiß-Anwärter hierzu einzuhohlen.

3) Ferners stehet jedem Anwärter das Recht zu, im Falle er eine üble Verwaltung der Fideicommiß-Güter bemerkte, dem Gerichte (der Fideicommiß-Behörde) die Anzeige hiervon zu erstatten, und zu verlangen, daß die nöthige Abhülfe verschaffet, und der üblen Verwaltung Einhalt gethan werde.

4) Die Anwärter sind nicht minder berechtiget, zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiß- und Posteritäts-Curator in Vorschlag zu bringen. Die Aufstellung eines solchen Curators liegt überhaupt in der Verpflichtung der Fideicommiß-Behörde, und selbe hat, ohne von den Fideicommiß-Anwärtern dazu aufgefordert zu werden, ohne Zweifel um so mehr die Einleitung zur Aufstellung desselben Amtswegen zu treffen, als für die ungebornen Nachkommen vom Gerichte gesorgt werden muß (§. 22 Nr. 5). Doch soll das Gericht, wie aus dieser gesetzlichen Anordnung hervorgehet, von der Wahl des aufzustellenden Curators sich von den Fideicommiß-Anwärtern einen Vorschlag erstatten lassen, und denselben bey der wirklichen Wahl einer vorzüglichen Berücksichtigung würdigen. Die Verpflichtung des aufgestellten Fideicommiß-Curators besteht im Allgemeinen darin, daß er für die Erhaltung der Substanz, und die Erfüllung und Aufrechthaltung der fideicommissarischen Anordnungen wache; insbesondere aber dafür sorge, daß a) die gesetzlich vorgezeichneten terminweisen Rückzahlungen rich-

sich um eine ähnliche Verwendung oder Vinculirung der mit zwey ein halb Procent in Silbermünze verzinslichen, von dem mittelst Patentes vom 29. März 1815 eröffneten freywilligen Anlehen von fünfzig Millionen W. W. herrührenden Staats-Obligationen handelt. (Hofdecret vom 20. August 1817; J. G. S. Nr. 1562). Siehe Winniwarters Handbuch. 2. Thl., S. 256.

tig geleistet werden, und im Falle diese nicht eingehalten würden, er gegen den Fideicommiß-Besitzer dießfalls klagbar auftrete. Es hat daher der Fideicommiß-Besitzer, um solche Einschreitungen des Fideicommiß-Curators hintan zu halten, sich bey letzterem mit den betreffenden Quittungen über die richtige Zahlung auszuweisen. Ferners hat er b) darauf zu wachen, daß von dem Fideicommiß-Besitzer zum Nachtheile des Fideicommisses nichts veräußert, oder durch übertriebene Nutznießung mehr deterioriret als verbessert werde; dann c) auf Fortpflanzung der Waldungen, damit selbe durch excessives Holzfällen nicht abgetrieben oder verwüstet werden, den besonderen Bedacht zu nehmen, und wenn d) ein Fideicommiß-Besitzer sich wegen einer ungleichen Gebahrung verdächtig macht, soll der Curator selbst sich durch Augenschein hiervon überzeugen, die üble Gebahrung sogleich abstellen, oder aber zur Abstellung in der Zeit anzeigen. — Der Fideicommiß-Besitzer ist verpflichtet, dem Curator von den Einkünften des Fideicommisses sowohl die erweislichen Reisekosten, als standesmäßige tägliche Diätgelder unverweigerlich abzureichen [1]).

5) In der Praxis ist es gewöhnlich, daß neben dem Fideicommiß-Curator ein Curator der Nachkommenschaft in einer anderen Person aufgestellt werde. Nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. scheint dieses nicht nothwendig zu seyn, da es daselbst ausdrücklich heißt, daß von den Anwärtern zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft ein gemeinschaftlicher Curator in Vorschlag gebracht werden könne. In dieser letzteren Eigenschaft hat er besonders dafür zu sorgen, daß die Nachkommenschaft in den ihr von dem Fideicommiß-Stifter zugedachten Rechten, in so fern selbe durch die Gesetze nicht selbst beschränkt sind, keinen Schaden leide. Uebrigens veranlassen mich mehrfach vorgekommene Fälle, wiederhohlt darauf aufmerksam zu machen, daß der Posteritäts-Curator hier nur für noch nicht geborne Nachkommen aufgestellt seye, und daß daher, wenn Fälle eintreten, in welchen die vorhandenen Nachkommen als nächste Anwärter zu vernehmen sind,

1) Siehe Patent vom 12. November 1762.

hier keineswegs der Curator der Nachkommenschaft für sie die Stimme führen könne, sondern, in so fern sie sich selbst noch nicht zu vertreten im Stande sind, und wegen getheilten Interessen ihre bereits bestehenden gesetzlichen Vertreter in ihrem Nahmen nicht auftreten können, ein eigener Curator ad actum für sie aufgestellt werden müsse.

6) Zu diesen von dem Gesetze selbst speciell aufgeführten Rechten der Anwärter können auch noch folgende, aus dem ihnen im Allgemeinen am Schlusse dieses §. eingeräumten Rechte fließende Befugnisse gezählet werden. In so fern als das Fideicommiß im Gelde besteht, haben dieselben das Recht, zu wachen, daß das Fideicommiß-Capital nur gegen gesetzmäßige Sicherheit (§. 230) bey Privaten, oder durch Ankauf öffentlicher Creditspapiere, mit Zuschlag des bezogenen Gewinns zur Substanz vortheilhaft angelegt, und in so fern es zum Theil in anderen beweglichen Sachen besteht, deren Benützung dem Fideicommiß-Inhaber nicht versagt werden kann, zu verlangen, daß alle diese Stücke in ein Verzeichniß gebracht, nach ihrer Beschaffenheit, Zahl, Größe, Gewicht oder Werth genau beschrieben werden (§. 518), und bey sich äußernder Gefahr Sicherstellung geleistet werde. — Ueberhaupt scheinen die Anwärter berechtiget, das Gericht auf alles dasjenige aufmerksam zu machen, über was der Fideicommiß-Curator zu wachen vermög seines Amtes verpflichtet ist, so wie umgekehrt der Fideicommiß-Curator zu jenen Handlungen, die zur Aufrechthaltung des Fideicommisses dienen, und zu deren Unternehmung die Fideicommiß-Anwärter berechtiget sind, nicht nur befugt, sondern vermög seines Amtes sogar verpflichtet ist.

§. 631.

Uneingeschränkte Rechte des Inhabers und Verbindlichkeiten desselben.

Der Fideicommiß-Inhaber hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers. Ihm gehören alle Nutzungen von dem Fideicommiß-Gute und dem Zuwachse, aber nicht die Sub-

stanz desselben. Er trägt dagegen auch alle Lasten. Für die ohne sein Verschulden erfolgte Veränderung der Substanz hat er nicht zu haften.

1) Die wesentlichen Rechte eines Nutzungs-Eigenthümers bestehen darin, daß er, nebst dem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf alle Nutzungen hat (§. 357), in welcher letzterer Hinsicht seine Rechte denen eines Fruchtnießers ganz gleich kommen. Diese Rechte stehen nun auch dem Fideicommiß-Besitzer in ihrem ganzen Umfange zu. — Die nähere Aufzählung der demselben in dieser Rücksicht gebührenden Rechte ist hier überflüssig, da sie bereits oben (§§. 511 — 517) auseinandergesetzt worden sind.

2) Dem Nutzungs-Eigenthümer kommt aber auch nebst dem Rechte auf die Nutzungen ein Recht auf die Substanz zu, und in dieser Hinsicht sind daher auch die Rechte des Fideicommiß-Besitzers ausgedehnter, als die eines bloßen Fruchtnießers. Daher hat Ersterer, nicht aber auch der Fruchtnießer (§. 511), auf ein Drittheil eines auf dem Fideicommiß-Gute gefundenen Schatzes Anspruch, welches zwischen ihm und den Anwärtern als Ober-Eigenthümern in der Art zu theilen ist, daß ein Sechstheil zu Capital gemacht und zum Fideicommisse hinzugeschlagen wird, daher der Fideicommiß-Besitzer nebst dem Sechsttheil des gefundenen Schatzes, der ihm eigenthümlich zur ganz freyen Disposition zufällt, auch noch die Interessen von dem anderen Sechsttheile, das den Ober-Eigenthümern zukömmt, zu beziehen hat. Daß der Fideicommiß-Inhaber dadurch begünstigter, als jeder andere Nutzungs-Eigenthümer erscheinet, ist gerade aus der bey Erläuterung des vorigen §. angefügten Bemerkung erklärbar, daß dem Fideicommiß-Besitzer, nebst dem Rechte auf die Substanz, das ihm in der Eigenschaft als Nutzungseigenthümer zusteht, auch ein Antheil an dem Ober-Eigenthume selbst zukomme. Vermög diesem Antheile hat er das Recht, zu fordern, daß alles dasjenige, was den Anwärtern in der Eigenschaft als Ober-Eigenthümern des Fideicommisses zufällt, nicht unter sie vertheilt oder für sie und die Nachkommenschaft aufbehalten, sondern gleich zum Fideicom-

misse geschlagen, und ihm davon der Fruchtgenuß überlassen werde. — Eben aus dem Rechte, welches dem Fideicommiß-Inhaber als Nutzungs-Eigenthümer auf die Substanz des Fideicommisses zusteht, kommen ihm auch mehrere, obgleich durch das Ober-Eigenthumsrecht der Anwärter eingeschränkte Rechte zur Belastung der Substanz zu, welche in den nächstfolgenden §§. erkläret werden.

3) Der Fideicommiß-Besitzer muß aber auch alle mit der Sache verbundenen Lasten, und aus derselben zu leistende Schuldigkeiten, so wie auch die zur Erhaltung oder Herstellung der Substanz nothwendige Kosten übernehmen, und zwar, da er, wie wir hören werden, wie billig einen Theil des Fideicommiß-Gutes verschulden darf, ohne Rücksicht, ob sie aus den, während der Dauer seines Nutzungseigenthums abfallenden Nutzungen bestritten werden können, oder nicht. — Daher weiset ihm auch das bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 4 citirte Patent vom 12. November 1762 die Verbindlichkeit zu, die Deserviten des Fideicommiß-Curators zu bestreiten. Um so gewisser muß aber der Fideicommiß-Besitzer allen durch sein Verschulden entstandenen Schaden, und zwar, wenn die Einkünfte des Fideicommisses dazu nicht hinreichen, selbst aus seinem eigenen Allodial-Vermögen ersetzen. Für einen ohne sein Verschulden entstandenen Schaden hat er nicht zu haften; denn der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat, es muß daher jeder, der einen Antheil an dem Fideicommisse in was immer für einer Beziehung hat, die nachtheiligen Folgen selbst tragen, die durch ein zufälliges Ereigniß herbeygeführt worden sind. Diese Verbindlichkeiten werden auch dadurch, daß der Besitzer sein Nutzungsrecht ganz oder zum Theil, z. B. durch Verpachtung, einem Anderen überläßt, nicht verändert, weil Niemand einem Anderen mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat.

§. 632.

Eingeschränkte Rechte; a) zur Verzichtung und Verpfändung.

Ein Fideicommiß-Besitzer kann zwar für sich, jedoch keineswegs für die, wenn gleich noch nicht vor-

handene, Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht leisten. — Verpfändet er die Früchte des Fideicommiß-Gutes, oder selbst das Fideicommiß-Gut, so gilt die Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte, welchen er einzusammeln berechtiget ist, nicht aber für das Fideicommiß-Gut, oder den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebührt.

1) Auf das unbeschränkte (bloße) Nutzungsrecht, wobey sich die Erhaltung der Substanz von selbst versteht, folgen nun die eingeschränkten Rechte in Hinsicht auf die Substanz (§§. 632 — 643). Dahin gehört zuerst das Recht des Fideicommiß-Besitzers, auf sein Nutzungseigenthum, mithin auch auf das Recht in Hinsicht der Substanz Verzicht zu leisten; jedoch nur für seine Person, nicht auch für seine Nachkommen, sie mögen bereits geboren, oder erzeugt, folglich des ihnen von dem Stifter zugedachten Rechtes bereits fähig (§. 22) oder auch noch ungezeugt seyn (§. 274). Diese Einschränkung liegt in der Natur eines Fideicommisses, indem die Nachkommen des Fideicommiß-Besitzers nicht diesem, sondern dem ursprünglichen Fideicommiß-Errichter ihr Erbfolgerecht verdanken. — Zudem hängt die Aufrechthaltung der Fideicommiß-Institute und die Erhaltung des Fideicommiß-Vermögens selbst, besonders in einem monarchischen Staate, auch mit dem Staatswohl zusammen, und es kann daher auch die Staatsverwaltung nicht zugeben, daß durch einen solchen Verzicht die Errichtung eines Fideicommisses in seiner Geburt wieder zernichtet werde, welcher Fall eintreten könnte, wenn die Verzichtleistung des Fideicommiß-Inhabers auch auf seine Nachkommen wirken sollte. — Nach der Verzichtleistung — vorausgesetzt, daß sie unbedingt geschehen ist — tritt, so wie bey dem Tode, die Erbfolge in das Fideicommiß ein.

2) Kann der Fideicommiß-Besitzer seine Rechte auf das Fideicommiß auch einem Dritten abtreten? — Die völlige Abtretung des ihm zustehenden Nutzungseigenthums kann nicht Platz greifen, denn dadurch würde in die Rechte der Fideicommiß-

Anwärter eingegriffen, welchen nach dem Hinscheiden der Person desjenigen, der vermög dem Fideicommiß-Institute zum Besitze des Fideicommisses berufen ist, die Fideicommiß-Nachfolge eröffnet seyn muß. Dagegen kann kein Anstand obwalten, daß der Fideicommiß-Besitzer seine Rechte auf das Fideicommiß für seine Lebenszeit dergestalt abtrete, daß nach seinem Tode von Seite des Cessionärs der Genuß aufhöre, und die Fideicommiß-Nachfolge eröffnet werde.

3) Auch in der Verpfändung ist der Fideicommiß-Besitzer beschränkt. — Ohne Zweifel ist er berechtiget, jene Früchte und Nutzungen, welche er einzuheben berechtiget ist, oder die nach seinem Ableben den (Allodial) Erben seines freyvererblichen Vermögens gebühren (§. 643) gültig zu verpfänden; und es kann daher auch der Gläubiger sein Pfandrecht in Hinsicht auf diese Nutzungen in das öffentliche Buch eintragen lassen, und zur Verfallszeit durch Sequestration geltend machen. Daß dadurch den früher eingetragenen Gläubigern kein Nachtheil zugehen könne, versteht sich von selbst. Dagegen ist derjenige Theil der Nutzungen, welcher nach dem Ableben des Nutzungs-Eigenthümers dem Fideicommiß-Nachfolger zufällt, obschon es ausdrücklich verabredet wäre, kein Gegenstand einer gültigen Verpfändung. Das Pfandrecht erlischt, wie der Gläubiger sich aus den öffentlichen Büchern überzeugen konnte, mit dem zeitlichen Rechte des Bestellers und die Verpfändung kann als keine eigentliche fortwährende Fideicommiß-Belastigung angesehen werden. Noch weniger aber kann der Fideicommiß-Besitzer den Hauptstamm mit der Wirkung verpfänden, daß derselbe nach der Verfallszeit zur Befriedigung der Pfandgläubiger veräußert werden könne [1]).

4) Aus dem Ausdrucke des Gesetzes, daß, wenn der Fideicommiß-Besitzer die Früchte des Fideicommisses oder selbst das Fideicommiß-Gut verpfändet, dieses nur für denjenigen Theil

1) Siehe Zeillers Commentar. Den Gläubigern eines Fideicommiß-Anwärters kann die Intabulirung oder Pränotirung ihrer Forderungen auf die Früchte des ihm seiner Zeit zufallenden Fideicommisses nicht bewilliget werden, weil der Schuldner in diesem Falle weder als Eigenthümer noch als Fruchtnießer erscheinet (Hofdecret vom 1. April 1758; J. G. S. Nr. 102).

der Früchte gelte, welchen er einzusammeln berechtiget ist, folgt, daß die Behörde ein Gesuch, worin um Intabulation einer Forderung auf das Fideicommiß-Gut, das von dem Fideicommiß-Besitzer nicht verpfändet werden kann, angesucht wird, darum nicht zurückweisen könne, sondern dieses Gesuch mit der Beschränkung auf den obberührten Theil der Früchte bewilligen müsse.

§. 633.

b) Zur Verwandlung, Vertauschung oder Erbverpachtung des Fideicommiß-Gutes.

Unter der gleich nachfolgenden Beschränkung kann der Fideicommiß-Inhaber das unbewegliche Fideicommiß-Gut in ein Capital verwandeln; er kann Grundstücke gegen Grundstücke vertauschen; oder gegen angemessene Zinsen vertheilen; oder auch in Erbpacht überlassen.

§. 634.

Zu diesen Veränderungen bedarf er der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichtsbehörde. Diese muß alle bekannten Anwärter, oder, wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren; dann den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft vernehmen, die Wichtigkeit der Gründe beurtheilen, und insbesondere bey Bewilligung der Zerstückung der Grundstücke dafür sorgen, daß das in den politischen Verordnungen vorgeschriebene Maß beobachtet werde. Das dabey bedungene Entgeld wird als ein Fideicommiß-Capital angelegt.

1) Daß dem Fideicommiß-Besitzer hier auch Rechte eingeräumt werden, welche sich auf eine Veränderung in der Substanz beziehen, ist aus dem mehrfach berührten Umstande erklärbar, daß dem Fideicommiß-Besitzer kein bloßer Fruchtgenuß,

sondern ein wirkliches Nutzeigenthumsrecht, und nebst diesem noch ein Antheil an dem Ober-Eigenthume zukomme.

2) Dennoch hat er weder ein solidarisches, noch ausschließendes Recht auf das ganze Fideicommiß, noch auch, so wie der Theilnehmer an einem gemeinschaftlichen Eigenthume, das vollständige Eigenthum eines ihm von der Substanz gehörigen Theiles. Er kann daher auch nicht eigenmächtig eine Veränderung mit dem Fideicommiß-Gute ganz oder theilweise vornehmen, sondern muß dabey im Einverständnisse mit den Anwärtern, dem Fideicommiß- und Posteritäts-Curator handeln, und die Genehmigung des Gerichtes, welches Amteswegen für das Beste der Nachkommenschaft zu sorgen verpflichtet ist, ansuchen.

3) Es läßt sich nicht behaupten, sagt Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare, daß solche Hauptveränderungen dem Zwecke des Fideicommiß-Institutes und dem Rechte der Antwartschaft schlechterdings widersprechen. Oft sind sie selbst der letzteren offenbar nützlich, indem das für das ganze Fideicommiß-Gut, oder für einen Bestandtheil desselben angebothene Entgeld einen weit vortheilhafteren Ertrag verheißt, als aus der eigenen Benützung erwartet werden könnte. Manchmahl wird die Veräußerung sogar nothwendig, wenn das Stammgut durch Unglücksfälle so verschlimmert wurde, daß es aus dem Ertrage, wenn er auch von dem Inhaber und den näheren Anwärtern ganz entbehrt werden soll, durch lange Zeit nicht mehr hergestellt werden könnte, folglich der Ueberrest nur durch Umsatz gegen ein fruchtbringendes Capital gerettet werden kann. Dazu gesellen sich aber noch die politischen Betrachtungen, daß durch diese Veränderungen sehr oft die Cultur und Industrie befördert, daß dadurch die aus den Fideicommissen entspringenden Nachtheile vermindert werden, und daß der öffentlichen Macht das Recht zustehe, die Bedingungen festzusetzen, unter welchen letzte Anordnungen überhaupt, und Fideicommisse insbesondere, den öffentlichen Schutz genießen sollen.

4) Der Fideicommiß-Inhaber hat gewöhnlich das nächste Interesse an dergleichen Veränderungen, indem er sich bereits

im Genusse des Fideicommisses befindet, auch sind ihm die Verhältnisse desselben am Besten bekannt, und ihm kann man daher auch zutrauen, daß er einsehen werde, was dem Fideicommisse am vortheilhaftesten ist. — Das Gesetz setzt daher auch voraus, daß der Fideicommiß-Inhaber zu solchen Veränderungen den Antrag mache, — wider seinen Willen scheint keine solche Veränderung Platz greifen zu können. Indessen kann auch ihn Eigennutz und zeitlicher Vortheil blenden, und da dem zeitlichen Vortheile des Fideicommiß-Inhabers das Wohl der Nachfolger nicht aufgeopfert werden darf, so sind auch die bekannten Anwärter, und wenn sie minderjährig, oder sonst ihren Rechten vorzustehen außer Stande sind, ihre Curatoren, dann auch der Fideicommiß- und Posteritäts-Curator zu hören, ob sie zu der angetragenen Veränderung einwilligen, oder aus welchen Gründen sie dieselbe verweigern. Eine Edictal-Vorladung zur Einberufung der dem Gerichte unbekannten Anwärter bedarf es nicht, theils haben sie kein so nahes Interesse an dem Fideicommisse, theils ist es ihre Schuld, daß sie sich dem Gerichte nicht bekannt gemacht haben, und müssen daher auch die Folgen ihrer Nachlässigkeit tragen. Sind die bekannten Anwärter abwesend, so ist ihnen, wenn sie nicht ohnehin Bevollmächtigte zurückgelassen haben, ein Curator aufzustellen, und in so fern der Aufenthaltsort derselben bekannt ist, sie davon zu unterrichten. — Ist ihr Aufenthaltsort unbekannt, so bedarf es auch hier keine Edictal-Vorladung, denn das Gesetz begnügt sich nach dem Wortlaute dieses §. mit der Einvernehmung der Curatoren, und ordnet nicht an, daß sie persönlich einberufen werden sollen. Auch sie müssen es ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuschreiben, wenn sie sich von ihrem bisherigen Aufenthaltsorte entfernten, ohne einen Bevollmächtigten zurück zu lassen, oder überhaupt Nachricht von ihrem neuen Aufenthaltsorte zu geben.

5) Die für und wider die angetragene Veränderung bey dieser Einvernehmung von der einen oder andern Seite vorgebrachten Gründe und Gegengründe hat das Gericht in genaue Würdigung zu ziehen, und dann darüber, allenfalls nach zuvor geschehener Einvernehmung der vorgemerkten Gläubiger, deren Rechte gleichfalls

dabey interessirt seyn können, da ihnen eine in der Substanz, worauf sie ein Pfandrecht erlangt haben, vorgehende Veränderung ebenfalls nicht gleichgültig seyn kann; oder der politischen Behörde, in Rücksicht der dabey eintretenden politischen Rücksichten, zu entscheiden. Dieses ist besonders dann der Fall, wenn es sich darum handelt, einzelne Theile des Fideicommiß-Gutes zu veräußern, oder mit anderen Worten, das Fideicommiß-Gut zu zerstücken. Mit welchen Vorsichten bey solchen Zerstückungen zu Werke gegangen werden müsse, wird bey Erläuterung des §. 843 vorkommen.

6) Wie der Werth eines Fideicommiß-Gutes, wenn es in ein Fideicommiß-Capital *verwandelt*, oder gegen ein anderes *vertauscht* werden soll, zu bestimmen sey, kömmt §. 637 vor. Die Verwandelung des Fideicommiß-Gutes in ein Geld-Capital wird in Bezug auf das erstere, da es dadurch zu einem freyvererblichen Allode wird, Allodialisirung genannt. Das bey Veräußerung eines Fideicommiß-Gutes eingehende Entgeld ist pupillarmäßig anzulegen, und die dießfälligen Schuldscheine sind gerichtlich zu hinterlegen. Die jährlichen Zinsen kommen fortdauernd dem jedesmahligen Besitzer, mithin auch den Nachfolgern zu Statten. Erbpachtungen sollen ihrem im §. 1122 aufgestellten Begriffe nach auch die Nachfolger im Fideicommisse verbinden. Darum können von dem Besitzer nur zeitliche Verpachtungen, die sich über seine Lebenszeit für keinen Fall ausdehnen dürfen, eingegangen werden.

§. 635.

c) Verschuldung.

Der Fideicommiß-Inhaber kann ein Drittheil des Fideicommiß-Gutes verschulden; oder, wenn es in Capitalien besteht, ein Drittheil davon erheben. Hierzu bedarf er keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren, sondern nur der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde.

1) Der Fideicommiß-Besitzer kann eigenmächtig nur die ihm gebührenden Früchte verpfänden oder verschulden (§. 632). Will

er das Fideicommiß-Gut selbst verpfänden, dergestalt, daß auch seine Nachfolger zur Bezahlung eines von ihm aufgenommenen Darlehens verbindlich gemacht werden können, so muß er hierzu die Genehmigung der Fideicommiß-Behörde ansuchen. Diese kann die angesuchte Verpfändung und Verschuldung entweder aus eigener Macht bewilligen, oder nur über Vernehmen der Fideicommiß-Anwärter und der Fideicommiß-Curatoren.

2) Uebersteigt nähmlich die Schuld, womit das Fideicommiß-Gut belastet werden soll, den dritten Theil des Fideicommisses nicht; so kann diese Genehmigung ohne weitere Vernehmung ertheilt werden. Das Gesetz spricht aber hier nicht aus, auf was die Fideicommiß-Behörde bey Ertheilung dieser Genehmigung ihr Augenmerk zu richten habe; ob bloß darauf, daß das Fideicommiß-Gut nicht mehr als zu einem Drittheile belastet werde, oder ob es auch die Nützlichkeit oder Nothwendigkeit dieser Belastung in Betrachtung zu ziehen habe? Diese letztere Frage glauben Mehrere verneinend beantworten zu müssen. Die Eingangsworte dieses §.: „Der Fideicommiß-Inhaber kann ein Drittheil seines Fideicommiß-Gutes verschulden, oder, wenn es in Capitalien besteht, ein Drittheil davon erheben," scheinen, da sie gar keine Beschränkung enthalten, für diese Behauptung zu sprechen [1]). Allein Herr Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentare Nro. 2., es schreibe zwar das Gesetz nicht vor, daß ein solches Onerirungs-Gesuch mit wichtigen Gründen unterstützt werde [2]); doch fordere es schon die Klugheit und die Erwartung eines glücklichen Erfolges, weil zu einer muthwilligen Verschuldung die gerichtliche Genehmigung nicht ertheilt werden würde. Er scheint sohin wenigstens der Meinung zu seyn, daß die Fideicommiß-Behörde ihre Einwilligung zur Belastung des Fideicommisses selbst in dem Falle versagen könne, wenn das Drittheil dabey offenbar nicht überschritten wird, und die letztere Meinung

1) Siehe die Abhandlung des Herrn Hofraths Freyherrn v. Gärtner in dem 2. Bande der Materialien S. 210.

2) Herr Landrechts-Secretär Prohaska erwähnt dagegen in seinem Handwörterbuche des adeligen Richteramtes S. 188 in der Anmerkung einer höchsten Entschließung vom Jahre 1813, zu Folge welcher der Onerirungs-Werber handhafte Gründe zur Entschuldigung vorlegen müßte.

scheint nun auch ganz im Gesetze gegründet zu seyn; denn der §. 641 sagt, daß in dem Falle als der Vorfahrer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht hat, wozu er das Fideicommiß-Gut zu verschulden berechtiget gewesen wäre, dieser Aufwand ersetzt werden müsse. Es scheint sohin durch diesen §. klar ausgesprochen, daß der Fideicommiß-Besitzer nicht ganz unbedingt zur Belastung des Drittels des Fideicommisses berechtiget sey.

3) Die Fideicommiß-Behörde hat daher, wenn ein solches Onerirungs-Gesuch angebracht wird, einmahl zu beurtheilen, ob diese Belastung nicht ohne Noth und sohin muthwillig angesucht werde; dann ob durch die angesuchte Onerirung das Drittheil des Werthes des Fideicommiß-Gutes überstiegen werde, oder nicht? Uebersteigt selbe das Drittel, so ist das Onerirungs-Gesuch ohne weiters zurückzuweisen, oder die gemäßigte Summe auszudrücken, welche auf das Fideicommiß-Gut versichert werden könne; im entgegengesetzten Falle aber das Onerirungs-Gesuch, wenn die Belastung nicht unnöthiger Weise angesucht wurde, zu bewilligen [1]).

4) Besteht das Fideicommiß-Gut aus mehreren Gütern, so hängt es von der Willkühr des Fideicommiß-Besitzers ab, das Drittel eines einzelnen Gutes, oder des ganzen Fideicommisses zu verschulden. Im ersten Falle muß er aber darthun, daß die übrigen Güter oder Bestandtheile des Fideicommisses nicht schon über ein Drittel ihres Werthes verpfändet seyen. Sollte auch das eine oder das andere Gut bereits über ein Drittheil seines Werthes verpfändet seyn, so glaube ich doch nicht, daß dieserwegen die Onerirungs-Bewilligung versagt werden könnte, wenn nur nicht im Ganzen das Drittel dadurch überschritten wird.

5) Besteht das Fideicommiß-Gut in Capitalien, so geschieht die Onerirung dadurch, daß ein Theil des Capitals erhoben werde. Sollte aber das Capital zu der Zeit nicht aufgekündiget werden können, und dadurch der Fideicommiß-Besitzer außer der Lage

---

1). Auch auf die bereits auf den Früchten des Fideicommisses intabulirten Schulden des Fideicommiß-Besitzers scheint hier Rücksicht genommen werden zu müssen, da selbe der Depurirungs-Fähigkeit des Fideicommiß-Besitzers Abbruch thun.

gesetzt seyn, von demselben einen Theil erheben zu können; so steht auch nichts im Wege, daß ein Darleihen contrahirt, und auf den ohnehin sichergestellten Fideicommiß-Capitalien super einverleibt werde. Bestünden die Fideicommiß-Capitalien theils in Privat-Schuldscheinen, theils in solchen Fonds-Obligationen, welche einer Serial-Verlosung nicht unterliegen; so kann das Drittel nur von jeder Gattung von Papieren ausgewiesen und erhoben werden. Wie aber, wenn das Fideicommiß-Capital ganz oder theilweise in solchen öffentlichen Schuldverschreibungen besteht, die der Serial-Verlosung unterliegen? Es scheint nicht, daß in diesem Falle die Erhebung von dergleichen Obligationen Platz greifen könne. Zwar spricht dieser §. allgemein; allein zur Zeit der Erscheinung dieses Gesetzbuches war dieser Fall noch gar nicht möglich, es kann derselbe unter diese Vorschrift gar nicht subsummirt werden, sondern es muß hier nach Weisung des §. 7 auf andere ähnliche Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Als ein solches verwandtes Gesetz ist aber das Hofdecret vom 16. April 1819 anzusehen, gemäß welchem es nicht gestattet ist, die den Pupillen angehörigen und zur Serial-Verlosung berufenen Staats-Obligationen zu Darlehen zu verwenden, und hierdurch in der Substanz des Capitals eine Aenderung vorzunehmen, welche Aenderung gewiß auch bey Fideicommissen nicht Platz greifen kann. Im rechten Lichte betrachtet, ist diese Erhebung eines Capitals-Antheiles doch nichts anderes, als ein dem Fideicommiß-Besitzer aus dem Fideicommisse selbst gegebenes Darleihen, und in dieser Rücksicht ist die Verwandtschaft dieses Falles mit dem durch das Hofdecret vom 16. April 1819 entschiedenen um so weniger zweifelhaft. Die Fideicommiß-Nachfolger würden dadurch offenbar zu kurz kommen, wenn es dem Fideicommiß-Besitzer gestattet würde, solche Obligationen gegen die Verbindlichkeit, seiner Zeit die Zurückerstattung in gleichartigen Obligationen zu leisten, zu erheben. Ich glaube daher, daß in dem Falle, als das Fideicommiß ganz oder theilweise aus solchen Obligationen besteht, die Erhebung eines Theiles davon wenigstens nicht ohne Vernehmung der Anwärter oder ihrer Cu-

ratoren, nicht minder des Fideicommiß- und Posteritäts-Curators, vor sich gehen könnte, da hier eine wahre Veränderung der Fideicommiß-Substanz vorgeht, sondern, daß diese Obligationen nur als Hypothek für aufgenommene Capitalien gebraucht werden könnten, wobey der Werth derselben nach dem börsenmäßigen Course in Anschlag zu bringen sey; oder es wäre sich hier nach dem Hofdecrete vom 23. April 1789 Nro. 1006 zu benehmen, welches anordnet: „Die Besitzer der in fundis publicis anliegenden Geld-Fideicommisse sind von der Wohlthat, ein Drittel mit Darleihen beschweren zu dürfen, nicht ganz auszuschließen, folglich, obschon von diesen Capitalien aus den öffentlichen Fonds nichts ausbezahlt werden darf, bleibt doch den Besitzern unbenommen, auch auf ein Drittel derselben bey Privaten ein Darleihen aufzunehmen, und diesem Darleihen das Drittel des im öffentlichen Fonde anliegenden, obschon unaufkündlichen Capitals zur Hypothek dergestalt zu verpfänden, daß der Gläubiger nicht allein auf die von diesem Drittel abfallenden Zinsen, sondern, wenn ihm der Schuldner mit der versprochenen Zurückzahlung nicht in rechter Zeit einhielte, auch an den Zinsen des ganzen Capitals, um hierdurch zu seinem Darleihen nach und nach zu gelangen, sich halten könne."

6) Nach dem a. b. G. ist die Onerirung nur bis zu einem Drittheil des Fideicommisses gestattet, und selbes enthält gar keinen Ausnahmsfall, in welchem dieses Drittheil überschritten werden könnte; allein auch schon das Hofdecret vom 10. August 1787 spricht sich gleichlautend mit dem bürgerlichen Gesetzbuche dahin aus, daß von der Vorschrift, vermöge welcher die Fideicommisse nur mit einem Drittel des dermahligen Werthes onerirt werden dürfen, unter keinerley Vorwand und Benennung abgegangen werden könne; es fügt aber dieser Anordnung ausdrücklich bey, daß, wenn besondere und außerordentliche Umstände eintreten, der Partey frey stehe, die Dispensation bey der Behörde anzusuchen. Von diesem letzteren Beysatze erwähnt zwar das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nichts; jedoch scheint dadurch dieser außerordentliche Weg bey wichtigen Umständen, das Fideicommiß auch über das gesetzliche Drittel zu beschweren, den Fideicommiß-Be-

sitzern dadurch nicht ganz benommen zu seyn, da das ganze Institut der Fideicommisse der gesetzgebenden Gewalt des Staates untergeordnet ist. Daher werden solche Gesuche auch noch gegenwärtig von der obersten Justizstelle der höchsten Dispensation unterzogen [1]). Es ist auch nicht immer der Fall, daß durch eine solche Ueberschreitung des Drittels bey der Onerirung dem Fideicommiß-Nachfolger ein Nachtheil zugehet. Setze man z. B.: ein Fideicommiß-Besitzer habe bey einem Fideicommiß-Gute, welches früher um 100,000 fl. geschätzt wurde, solche Verbesserungen angebracht, daß nach der neuerlichen Schätzung das Gut auf 150,000 fl. angeschlagen wurde. Nun sucht er an, daß er das Fideicommiß-Gut mit 80,000 fl. oneriren dürfe. Diese 80,000 fl. übersteigen das Drittel weit, dessen ungeachtet wäre es sehr unbillig, wenn ihm die Bewilligung hierzu versagt werden sollte; denn nach der früheren Schätzung hätte er das Gut mit 33,333 fl. 20 kr. beschweren können, und es wären sohin für die Nachfolger nur 66,666 fl. 40 kr. frey geblieben. Nach der gegenwärtig angetragenen Belastung bleiben dem Fideicommiß-Nachfolger noch 70,000 fl. übrig; folglich mehr, als jener Betrag, auf den sie vor Vornahme dieser freywillig übernommenen Verbesserungen einen rechtlichen Anspruch zu machen gehabt hätten.

7) Die Fideicommiß-Behörde ist vor Ertheilung des Consenses zwar keineswegs gehalten, die Anwärter oder Fideicommiß-Curatoren zu vernehmen. Doch ist derselben auch keineswegs verbothen, in zweifelhaften Fällen selbe um ihr Gutachten zu befragen. Dieses kann zwar der Regel nach nicht aus der Ursache geschehen, um zu erforschen, ob dem Fideicommiß-Besitzer überhaupt eine Bewilligung zur Onerirung gegeben werden solle, sondern hauptsächlich nur zu dem Zwecke, um über die Frage, ob durch die angetragene Onerirung das Drittel nicht überschritten werde, in das Reine zu kommen. Solche Fälle können eintreten, wenn eine ältere Schätzung vorgelegt wird, und daher der Zweifel entsteht, ob selbe auch derzeit noch im Stande sey,

1) Pratobeveras Materialien 2. B., 220. Anmerkung.

den wahren Werth des Fideicommiß-Gutes darzustellen? Wenn ältere Fideicommiß-Schulden vorhanden sind, deren Berechnung nach dem Finanzpatente einem Anstande unterliegt; wenn gegründete Besorgniß obwaltete, daß der Fideicommiß-Besitzer mehrere Steuer- oder Interessen-Rückstände schuldig sey, welche von den Einkünften des Fideicommiß-Gutes berichtiget werden müssen ꝛc. — In solchen Fällen wird eine vorsichtige Fideicommiß-Behörde, um sich seiner Zeit selbst keiner Verantwortung auszusetzen, immer die Fideicommiß-Curatoren und die Anwärter vor Ertheilung des Onerirungs-Consenses vernehmen. Uebrigens ist auch die Aufnahme von Darlehen in Conventions-Münze auf Fideicommiß-Güter nicht zu verweigern, jedoch nach Erwägung aller Umstände, Vernehmung der Curatoren und sonstigen Interessenten die möglichste Vorsehung zu treffen, damit das Fideicommiß-Drittheil nicht über seinen wahren Werth beschweret werde [1]). Schließlich ist hier zu bemerken, daß jede Onerirungs-Verordnung dem Fideicommiß-Curator zugestellt werden muß [2]), theils, damit er für die Berichtigung der Depurationen sorge, theils, damit er, wenn er glaubt, daß die Fideicommiß-Behörde ihre Macht überschritten habe, seine Gegenvorstellung, und wenn diese fruchtlos seyn sollte, seinen Recurs bey dem Ober-Gerichte anbringen könne.

§. 636.

Bestimmung des zu verschuldenden Drittheils.

In dieses Drittheil sind alle, unter was immer für einem Nahmen, auf dem Fideicommiß-Gute haftende Lasten dergestalt einzurechnen, daß zwey Drittheile ganz frey bleiben.

1) Aus den Worten des gegenwärtigen §. ist es zu entnehmen, daß nicht nur allein die Fideicommiß-Schulden, sondern alles, was immer als eine Last des Fideicommisses anzusehen ist, dabey in Anschlag zu bringen sey. — Insbesondere ist dieses bey der Octava der Fall, welche hier nicht, wie in

1) Hofdecret vom 22. Februar 1815.
2) Verordnung vom 25. Februar 1763.

Ansehung der Pupillar-Sicherheit behauptet worden ist, von dem Werthe des ganzen Gutes, sondern nur von dem Werthe des Drittels in Abrechnung gebracht werden muß. Der Grund dieses Unterschiedes beruhet eines Theiles darin, weil die Unterthansforderungen, um deren Willen das Fideicommiß-Gut mit der Octava belastet ist, nicht mittelst Veräußerung desselben, sondern mittelst Sequestrirung der Früchte eingetrieben werden können; folglich auch hier der Werth der Octava als der wirkliche achte Theil des Schätzungswerthes des Fideicommisses angesehen werden muß, was bey Aufnahme von Pupillar-Capitalien auf Allodial-Güter nicht der Fall ist; und anderen Theils ist hier die Absicht des höchsten Gesetzgebers, daß zwey Drittheile dem Fideicommiß-Nachfolger ganz frey bleiben sollen. Darum wurde schon durch Hofdecret vom 28. Februar 1791 Z. 119 angeordnet, daß bey Ausmessung des Drittels eines Fideicommisses, dessen Onerirung der Besitzer verlangt, alle, was immer für Nahmen habende, auf dem Gute haftende Lasten in dasselbe einzurechnen seyen, folglich die Berechnung so zu geschehen habe, daß zwey Drittheile vom Fideicommiß-Gute ganz frey bleiben. Der Inhalt dieses Hofdecretes wurde auch beynahe wörtlich in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Darum dienet auch bey Beantwortung der Frage: Welche Lasten in das Drittheil einzurechnen seyen? das Hofdecret vom 21. Jänner 1791 Nr. 104 zur Erläuterung, wo es heißt: In das den jeweiligen Fideicommiß-Besitzern zu onereriren erlaubte Drittel sind nicht nur die auf dem Fideicommisse haftenden Schulden, sondern auch die wittiblichen Unterhaltungen, jedes zu Capital geschlagen, und alle andere jährliche Abgaben, auch die auf jeder Herrschaft, zur Sicherheit der Pupillen und hinterlegten Gelder haftende Octava, allerdings einzurechnen, und nur das Drittel nach dem über Abzug gemeldeter Posten verbleibenden Betrage ist zu oneriren gestattet.

2) Nach dem Wortlaute dieses §., daß alle wie immer geartete Lasten in das Fideicommiß-Drittel einzurechnen seyen, wurde durch Hofdecret vom 14. May 1824 auch ent-

schieden, daß auch die von dem Fideicommiß-Stifter selbst herrührenden Lasten in dasselbe einzubeziehen seyen [1]).

§. 637.

Bestimmung des Werthes des Fideicommiß-Gutes.

Der Werth eines Fideicommiß-Gutes, wenn es vertauscht oder verschuldet werden soll, wird durch die gerichtliche Schätzung, wenn es aber zu Geld gemacht werden soll, durch öffentliche Versteigerung bestimmt.

1) Die zweckmäßigsten Arten, den wahren Werth einer Sache zu bestimmen, sind die gerichtliche Schätzung und die Versteigerung. Letztere kann der Natur der Sache nach nicht Platz greifen, wenn es sich um Vertauschung oder Verschuldung des Fideicommiß-Gutes handelt; darum kann in einem solchen Falle nur zur gerichtlichen Schätzung die Zuflucht genommen werden. Jedoch scheint es nicht nothwendig zu seyn, daß bey jeder einzelnen Oneritung auch immer eine neue Schätzung vorgenommen werde. Es genügt, wenn ein Mahl eine Schätzung zu diesem Zwecke vorgenommen wurde, und keine Verhältnisse eintreten, aus welchen man schließen könnte, daß sich der Werth des Fideicommiß-Gutes in der Zwischenzeit geändert hätte. Ich sage aber zu diesem Zwecke, weil nach der allgemeinen Vorschrift des Hofdecretes vom 23. October 1792 von jeder gerichtlichen Schätzung die Theilnehmenden vorläufig unterrichtet werden sollen, und weil eine Schätzung für diejenigen, die dabey nicht vorgeladen wurden, keine volle Gültigkeit hat. Auch bey einer Schätzung ist besonders vorsichtig zu Werke zu gehen, und es ist sehr räthlich, daß die Schätzungsmänner eigens darauf aufmerksam gemacht werden, daß die auf einem solchen Fideicommiß-Gute aufgenommenen Capitalien, nicht aus dem Fideicommiß-Gute selbst, sondern nur aus den Einkünften desselben ihre Befriedigung erlangen können; daher auch bey dem Werthsanschlage eigentlich besonders die letzteren berücksichtiget werden sollen.

2) Wird aber das Fideicommiß-Gut in ein Fideicommiß-

1) Pratobeveras Materialien 3. B., S. 432, Nr. 288.

Capital verwandelt, so kann zum Schutze der Anwartschaft auch der durch die öffentliche Versteigerung erzielte Preis als der wahre Werth des Fideicommiß-Gutes angesehen werden. Bey der Veräußerung eines Fideicommiß-Gutes muß die Schätzung nothwendig vorausgehen, und erst auf diese folgt die öffentliche Versteigerung, weil mittelst der letzteren der wahrscheinlich höchste Preis erzielet wird, und auf keine Art der wahre Werth so genau erörtert werden kann.

§. 638.

Art der Rückzahlung.

Die Rückzahlungen einer Fideicommiß-Schuld sind so zu bestimmen, daß jährlich fünf von Hundert an der Schuld getilgt werden. Nur aus erheblichen Ursachen ist eine Verlängerung der Frist zu gestatten.

1) Indem die gesetzgebende Gewalt die Verschuldung eines Drittels des Fideicommiß-Gutes zugibt, kann es jedoch nicht in ihrer Absicht liegen, daß die ganze Last der Rückzahlung auf die Nachfolger gewälzt, und diesen dadurch die Freyheit zur Belastung benommen werde. — Zu dem Ende ist bey Fideicommiß-Schulden, nebst den oben angegebenen Vorsichten, auch nothwendig, daß der Fideicommiß-Besitzer, er mag selbst die Schuld aufgebürdet haben oder nicht, angehalten werde, dieselbe durch billige Theilzahlungen zu tilgen; folglich das Fideicommiß nach und nach von der Last zu befreyen (depuriren).

2) Der österreichische Gesetzgeber fand ein billiges Maß, das der Inhaber bey einer guten Verwaltung aus dem vollständigen Ertrage zu erfüllen fähig ist, darin, daß er, nebst den dem Gläubiger bedungenen Zinsen, an der Schuld selbst oder am Capitale jährlich fünf von Hundert (das seit dem Wuchergesetze übliche vertragsmäßige Zinsenmaß einer Hypothekar-Schuld §. 992) zurückzahle. Diese Rückzahlungsbestimmung muß gleich in dem Onerirungs-Consense geschehen. Nach dem Patente vom 3. April 1787 Nr. 659, §. 3 der J. G. S., war der Fideicommiß-Nachfolger nur verbunden, zur Wiederergänzung des Fidei-

commisses jährlich vier von Hundert abzuführen, an welcher gesetzlichen Anordnung bis zur Erscheinung des neuen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches keine Aenderung getroffen wurde. Da diesem Gesetzbuche keine rückwirkende Kraft zugestanden worden ist, so folgt, daß schon vor Erscheinung desselben entstandene Depurations-Pflichtigkeiten noch ganz nach dem alten Gesetze behandelt werden müssen. Es ist kein Zweifel, daß es nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche unter die Obliegenheiten der Fideicommiß-Behörde gehöre, genau darüber zu wachen, daß diese Depurationen richtig geleistet werden. Hierüber enthalten die Hofdecrete vom 19. Juny und 21. Jänner 1791 ausdrückliche Bestimmungen, welche ihrem Geiste nach auch in dem bürgerlichen Gesetzbuche noch fortleben. Das erstere sagt: „Die Stelle, welche die Bewilligung zur Beschwerung der Fideicommisse ertheilt hat, soll bey eigener Dafürhaftung darauf von Amtswegen den sorgsamen Bedacht nehmen, damit die Depurationen auf das genaueste geleistet, und die Säumigen durch Aufstellung eigener Vertreter der Fideicommisse hierzu betrieben werden;" und das zweyte lautet: „Es soll auf die Depurirung der sämmtlichen auf den Fideicommissen haftenden Belastungen, sie mögen von dem, dem jeweiligen Besitzer zu oneriren erlaubten Drittel, oder wo immer herrühren, der sorgsame Bedacht geschehen, und die in der Depurirung säumigen Besitzer zur vorgeschriebenen Depuration, ohne einige Nachsicht, durch die gewöhnlichen Zwangsmittel, allenfalls mittelst Sequestrirung des Erträgnisses, verhalten werden."

3) In Folge dieser gesetzlichen Anordnungen ist auch jeder Fideicommiß-Besitzer schuldig, nach Verlauf eines jeden Jahres, unter der Mitfertigung des Fideicommiß-Curators, die vorschriftmäßige Fideicommiß-Depurationstabelle einzubringen, wobey Folgendes zu beobachten ist:

a. Muß in der ersten Rubrik des Besitzers das landtäfliche Instrumentenbuch beygesetzt werden, in welchem die an denselben geschehene Einantwortung des Fideicommisses eingetragen ist.

b. In der zweyten Rubrik des Bestandes des Fideicommisses ist ebenfalls nicht nur jenes Instrumentenbuch, in welchem die Fideicommiß-Errichtungsurkunde, sondern auch jenes, in

welches die Versicherungsurkunde des allenfälligen Fideicommissi pecuniarii mit Aussetzung der Special-Hypothek einverleibt ist, anzuführen.

c. In der dritten Rubrik der hierauf contrahirten Schulden sind ebenfalls die landtäflichen Instrumentenbücher anzumerken, in welchen die ausgestellten Schuldverschreibungen eingetragen sind; auch sind darin die jährlichen Abgaben mit ihren eigenthümlichen Beträgen aufzuführen, und hiernach das Bedeckungs-Capital anzusetzen.

d. In der vierten Rubrik der jährlichen Depurations-Raten ist der 5procentige Betrag der ganzen, auf dem Fideicommisse aufgenommenen Schuldenlast anzusetzen, so, wie die allenfallsige rückständige Depuration für frühere Jahre auszuweisen.

e. In der fünften Rubrik, was hierauf bezahlt worden ist, von Jahr zu Jahr zu bemerken, wie viel hierauf berichtiget worden. Bey den Ratenzahlungen desjenigen Jahres, für welches die Tabelle erlegt wird, sind die landtäflichen Instrumentenbücher, worin die Quittungen eingetragen sind, zu benennen, hierbey aber der Bedacht zu nehmen, daß nicht bloß von den dermahligen, sondern von den ursprünglichen Haftungen die Depurationen auszuweisen sind. Endlich

f. ist in der letzten Rubrik das noch wirklich haftend verbleibende Passivum, und das nach Abschlag desselben erübrigende reine Fideicommiß-Vermögen auszusetzen.

Uebrigens ist der Fideicommiß-Tabelle ein landtäflicher Extract, und bey großen Körpern auch ein Tableau des ganzen Schuldenstandes, zur leichteren Uebersicht, beyzuschließen, und, falls die gesetzmäßigen Depurations-Raten nicht ganz abgetragen worden wären, die Ursachen dieses Rückstandes in der Einbegleitung gehörig auseinander zu setzen.

4) Es liegt in der Natur der Sache, daß die Depuration bey Geld-Fideicommissen in der nähmlichen Währung geleistet werden müsse, in der die Erhebung geschehen ist. — Diesen Grundsatz drückt schon das Hofdecret vom 29. October 1789 Nr. 1067 aus, da es sagt, daß, wenn es um die Wiederergänzung eines Fideicommisses zu thun ist, das schon ehevor mit

4procentigen Obligationen versichert war, allerdings auch 4procentige Obligationen genommen werden können. Es unterliegt daher auch gar keinem Zweifel, daß in dem Falle, als die erhobenen Privat-Schuldscheine auf eine bestimmte Münzsorte lauteten, auch die Zurückzahlung in eben dieser Münzsorte geleistet werden müsse. — In dem Falle, als die Erhebung des Geldbetrages vor Erscheinung des allerhöchsten Finanzpatentes geschehen ist, können manches Mahl bey Berechnung des Depurations-Quantums Schwierigkeiten aufstoßen. Hier kann nähmlich die Frage entstehen, nach welcher Scala die Depurations-Schuldigkeit berechnet werden soll, ob nach der Zeit der ursprünglich ausgestellten Schuldscheine, oder nach der Zeit der geschehenen Erhebung? — Richtig ist es, daß, wenn der letztere Fall angenommen wird, die Fideicommiß-Nachfolger dadurch als beeinträchtiget erscheinen; allein noch unbilliger scheint es, daß der Fideicommiß-Besitzer den Schaden, der aus der Cours-Differenz entsteht, tragen solle. Allein da Billigkeit nur von dem Gesetzgeber selbst berücksichtiget werden kann, der Richter aber keineswegs befugt ist, um ihrentwillen von den strengen Vorschriften des Gesetzes abzuweichen; so kömmt es auch hier lediglich darauf an, zu bestimmen, was eigentlich hier nach dem Buchstaben und Sinne des höchsten Finanzpatentes Rechtens sey. — Durch die geschehene Erhebung ist der Fideicommiß-Besitzer Eigenthümer der erhobenen Capitalien, und dafür Schuldner des Fideicommisses geworden; jeder Schuldner hat aber seine Schuld nur nach der Scala jener Zeit, als die Schuld entstanden ist, zu entrichten. Der Schade, der dadurch dem Fideicommisse zugeht, ist ein zufälliger, für welchen Niemand verantwortlich seyn kann. Dieser Schade würde das Fideicommiß auch in dem Falle getroffen haben, wenn die von dem Fideicommiß-Besitzer erhobenen Capitalien früher aufgekündet und zurückbezahlt worden wären; wäre diese Aufkündigung erst später erfolgt, so würde dem Fideicommisse noch ein größerer Nachtheil zugegangen seyn, und es ist vielleicht ein Nutzen für dasselbe, daß der Capitalsbetrag früher von dem Fideicommiß-Besitzer erhoben worden ist.

5) Das Hofdecret vom 21. Jänner 1791 ordnet an, daß sämmtliche, auf dem Fideicommiß-Gute haftende Lasten, sie mögen von wem immer herrühren, depuriret werden sollen. Allein dieses scheinet das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, welches bloß von Rückzahlung der eigentlichen Fideicommiß-Schulden spricht, keineswegs mehr zu fordern. Ueber die Frage, wie es bey Fideicommiß-Schulden, die aus jährlichen Zahlungen an Pensionen, Unterhaltungsgeldern, Siftungen u. dergl. bestehen, zu halten sey? ist man nicht ganz einig. Das Patent vom 3. April 1787, welches bis zur Erscheinung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches in Gültigkeit war, bestimmt §. 4 Folgendes: „Jedem Fideicommiß-Besitzer, das Fideicommiß-Gut mag in liegenden Gründen oder Capitalien bestehen, wird das Recht eingeräumt, von dem Drittel des Werthes oder Betrages des Fideicommisses, seinen zum Fideicommisse nicht berufenen Kindern und seiner Gattinn, wenn sie diesen Kindern nicht Stiefmutter ist, vier Procente zum Unterhalte anzuweisen. Jedoch fällt das Erträgniß des ganzen Fideicommisses nach Absterben desjenigen, dem auf diese Art ein Unterhalt angewiesen war, dem Fideicommiß-Besitzer wieder anheim." Von einer Depuration ist hier nichts erwähnt, im Gegentheile deuten die Schlußworte dieser Verordnung an, daß eine Depuration hier nicht Platz zu greifen habe. Das neue bürgerliche Gesetzbuch hat diese Anordnung unter seine Bestimmungen nicht aufgenommen; sie ist daher als abrogirt zu betrachten, und es ist, wenn der Fideicommiß-Besitzer das Fideicommiß auf eine solche Art und Weise beschweren will, die Belastung als eine ordentliche Fideicommiß-Schuld zu betrachten, und so zu behandeln, daher auch die Depurirung derselben zu fordern. Auf die bereits schon vor Erscheinung des allgemeinen neuen bürgerlichen Gesetzbuches auf dem Fideicommiß-Gute versicherten Unterhaltsbeträge kann sich aber, nach meiner Ueberzeugung, die Depuration nicht erstrecken. Denn nach dem Kundmachungs-Patente dieses Gesetzbuches hat dasselbe auf bereits vor Erscheinung desselben erworbene Rechte keinen Einfluß. Nach dem Patente vom 3. April 1787 konnte aber der Fideicommiß-Besitzer auf das Drittel des Fideicommisses den

Unterhalt seiner Familie mit der Rechtskraft versichern, daß auch der Fideicommiß-Nachfolger, bis zum Absterben derselben, die Abreichung des Unterhaltes sich gefallen lassen mußte; es konnte daher auch durch das neue bürgerliche Gesetzbuch hierin keine Aenderung vorgehen.

6) Aus erheblichen Ursachen kann auch eine Verlängerung der Depurations-Frist Platz greifen. Schon das Hofdecret vom 25. May 1781 Nr. 19 verordnet in dieser Hinsicht: „Dem Landrechte stehe allerdings zu, nach Beschaffenheit der einschreitenden Umstände die bereits bestimmten Depurations-Fristen ohne weitere Anfrage (folglich auch ohne Vernehmung der Fideicommiß-Curatoren) zu erstrecken, oder zu vermindern, doch bleibe hierüber den Interessenten der Recurs an hohen Orten bevor." Diese Anordnung gilt ohne Zweifel auch noch bey dem bestehenden allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Denn auf einer Seite muß es doch für den aufgestellten Fideicommiß-Curator, dessen besondere Pflicht es ist, darüber zu wachen, daß die Depurationen ordentlich vor sich gehen, und für die Anwärter ein Rechtsmittel geben, Saumseligkeiten oder widerrechtliche Begünstigungen der Fideicommiß-Behörde hintan zu halten; und auf der anderen Seite muß doch auch der Fideicommiß-Besitzer in den Stand gesetzt werden, im Falle ihm, bey wichtigen Gründen, die angesuchte Depurations-Nachsicht verweigert werden sollte, eine gegentheilige Entscheidung zu erwirken. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß eine solche Nachsicht nur bey dem Vorhandenseyn erheblicher Gründe Platz greifen könne. Dergleichen wichtige Gründe wären: Krieg, Feuer, Mißwachs, Wasserschaden ꝛc., überhaupt alle wider Verschulden des Fideicommiß-Besitzers eingetretene außerordentliche Unglücksfälle, wodurch ein beträchtlicher Theil der reinen Einkünfte des Fideicommisses verloren geht.

7) Die Depuration besteht nicht nothwendig darin, daß die auf dem Fideicommiß-Gute eingetragenen Gläubiger Abschlagszahlungen erhalten, zu deren Empfangnahme sie nicht einmahl rechtlich verhalten werden könnten, ausgenommen es wären in dem ursprünglichen Darleihens-Contracte solche Raten-

zahlungen ausdrücklich bedungen worden, sondern sie kann durch gerichtlichen Erlag, oder auch durch Sicherstellung auf ein Allodial-Gut des Fideicommiß-Besitzers geschehen. „Hammerwerke und Flöße können als Unterpfand zur Depurirung des Fideicommisses, jedoch nicht für die unbeschwerte Hälfte des Schätzungswerthes, angenommen werden, und ist bey der Schätzung wohl der Unterschied zu beobachten, der in Rücksicht des Werthes zwischen einem durch einen eigenthümlichen Waldstand seiner beständigen Bestehung versicherten Hammerwerke, und einem solchen besteht, der keine Waldung und Kohlung hat [1])." So wenig aber der Gläubiger genöthigt werden kann, dergleichen Abschlagszahlungen anzunehmen, so wenig kann er auch gehalten seyn, seine Befriedigung nur aus dem Fideicommiß-Gute zu suchen, sondern er kann sich auch an das Allodial-Vermögen des Fideicommiß-Besitzers halten. Wird auf diese Art und Weise der letztere genöthiget, das aufgenommene Capital früher anheim zu zahlen, als er die Depuration zu vollenden gehabt hätte; so kann ihm nicht verweigert werden, für den Rest ein neues Darlehen zu contrahiren, und auf dem Fideicommisse zu versichern.

§. 639.

Will der Fideicommiß-Besitzer von den bereits geleisteten Rückzahlungen wieder einen Betrag zu seinem Gebrauche erheben; so muß er zur Tilgung desselben noch insbesondere jährlich fünf von Hundert bezahlen.

1) Auch von den bereits geleisteten Rückzahlungen kann der Fideicommiß-Besitzer wieder einen Theil erheben; allein er muß zur Tilgung desselben, außer dem Depurations-Quantum, noch insbesondere von dem neuerdings erhobenen Betrage fünf von Hundert zur Tilgung desselben abführen. Gesetzt, der Besitzer habe ein Darleihen von 30,000 fl. aufgenommen, und davon in 4 Jahren 6,000 fl. gesetzmäßig abbezahlt; so kann er von dieser Rückzahlung nun wieder einen Betrag, z. B. im vorliegenden Falle 4,000 fl.

1) Hofdecret vom 24. July 1794 Nr. 185.

erheben; er muß aber hier, nebst dem jährlich von 30,000 fl. zu leistenden Depurations-Betrage mit 1,500 fl., auch von diesen neuerdings erhobenen 4,000 fl. fünf von Hundert jährlich, sohin 200 fl. entrichten, so zwar, daß im Ganzen die Depurations-Quota auf 1,700 fl. hinaufsteigt. Zu dieser neuerlichen Erhebung bedarf der Fideicommiß-Besitzer ohne Zweifel eben so, wie bey der ursprünglichen Onerirung, der Bewilligung der Fideicommiß-Behörde, die in diesem Falle dafür zu wachen hat, daß dadurch nicht die Absicht des höchsten Gesetzgebers, zu Folge welcher der Regel nach in zwanzig Jahren das aufgenommene Capital zurückbezahlt werden soll, umgangen werde. Uebrigens scheint hier ebenfalls kein Zweifel zu seyn, daß die beyden Depurations-Quoten nicht zusammen geworfen werden dürfen, sondern jede für sich fortlaufe, welches keineswegs, wie es vielleicht Manchem auf den ersten Augenblick scheinen mag, gleichgültig ist. Denn setzen wir z. B., daß der Fideicommiß-Besitzer, welcher das Fideicommiß mit 30,000 fl. onerirt hat, bereits durch 10 Jahre die gesetzlichen Depurations-Zahlungen mit 15,000 fl. geleistet hat, und daß später hierauf von ihm neuerdings 10,000 fl. erhoben wurden; so würde das von beyden Capitalien zusammen nun zu entrichtende Depurations-Quantum jährlich 2,000 fl. betragen, und daher, in so fern diese 2,000 fl. jährlich entrichtet würden, wäre die ganze Schuld in zwölf und einem halben Jahre getilgt. — Allein nach dem deutlichen Ausspruche des Gesetzes hat der Fideicommiß-Besitzer von dem Capitale pr. 30,000 fl. die gesetzliche Depuration, 15,000 fl., zu entrichten, wodurch also nach Ablauf der weiteren 10 Jahre die ursprüngliche Depurations-Schuld als abgetragen erscheint. Nach Ablauf dieser 10 Jahre sind dann noch jährlich zur Abzahlung der erhobenen 10,000 fl. (und zwar durch 10 Jahre) 500 fl. zu bezahlen. Nachfolgendes Schema wird dieses deutlicher machen:

Empfang des Fideicommiß-Besitzers.	Ausgabe zur Ergänzung des Fideicommisses.
30,000 fl. ursprüngliche	15,000 fl.
10,000 = neue Erhebung.	
40,000 = ganzes Depurations-Quantum von 10 Jahren	20,000 =
Dann von 10,000 fl. auf weitere 10 Jahre . .	5,000 =
	Zusammen 40,000 fl.

2) Der §. bewilliget dem Fideicommiß-Besitzer von den bereits geleisteten Rückzahlungen nur einen Betrag wieder zu erheben, und begegnet daher dem Versuche, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, die voll geleistete Zahlung sogleich wieder zu erheben und auf diese Art die Vorschrift des Gesetzes und ihre Absicht ganz zu vereiteln, wozu nur die Gerichts-Behörden die Hand biethen könnten.

3) Es frägt sich hier weiter, ob der Fideicommiß-Besitzer selbst zum dritten Mahle aus dem zur Ergänzung des Fideicommisses zurückbezahlten Geldern ein Capital an sich ziehen könne? welche Frage der Regel nach sicherlich verneinend beantwortet werden muß, und im Falle für die Ertheilung der Bewilligung wichtige Gründe vorhanden wären, wäre gleichfalls kein anderes Mittel, als die höchste Dispensation zu erwirken.

§. 640.

Haftung des Nachfolgers für die Schulden.

Der Nachfolger im Fideicommisse ist nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig. Für die zur Tilgung derselben bereits verfallenen Rückzahlungen haftet er nur in so weit, als sie nicht aus dem frey vererblichen Vermögen des Vorfahrers geleistet werden können.

1) Es ist bereits §. 632 bemerkt worden, daß ein Fideicommiß-Besitzer, wenn er die Früchte des Fideicommiß-Gutes, oder das Fideicommiß-Gut selbst eigenmächtig, ohne eingeholte Genehmigung der Fideicommiß-Behörde, verpfändet, die

Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte gelte, welchen er selbst einzusammeln berechtiget ist, und nicht auch für den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebührt. — Der Gläubiger kann sich daher wegen einer solchen Schuldforderung nur an die Allodial-Masse des verstorbenen Fideicommiß-Besitzers halten. Ist die Schuld dagegen nach Weisung des §. 635 mit gerichtlicher Genehmigung gemacht worden, so wird dadurch eine eigentliche, auch auf alle Fideicommiß-Nachfolger (ganz oder zum Theil) übergehende Fideicommiß-Schuld gegründet. Die bey Ableben des ursprünglichen Schuldners noch nicht vollständig geschehenen Rückzahlungen treffen daher, in so weit sie nicht schon bey dessen Lebzeiten verfallen waren, unmittelbar den Nachfolger im Fideicommisse, nicht die Allodial-Erben des verstorbenen Fideicommiß-Besitzers. Die Last fällt, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, für den Nachfolger desto größer aus, wenn der Schuldner frühe nach entstandener Schuld verstorben ist, oder wenn er Verlängerungen erhalten, oder einen Theil der geleisteten Rückzahlungen wieder erhoben hat (§§. 638 u. 693). Was von dem nächsten Nachfolger gesagt worden ist, gilt auch von den übrigen; die ungetilgte Last wird von einem auf den anderen gewälzt.

2) Das Gesetz redet hier bloß von den mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden des Fideicommiß-Besitzers, ohne zu unterscheiden, ob dieselben auch auf das Fideicommiß-Gut bereits einverleibt worden sind. Es kann sich nun sehr leicht der Fall ereignen, daß der Fideicommiß-Besitzer mit gerichtlicher Genehmigung ein Darleihen aufgenommen hat, welches er, da z. B. die Aufnahme dieses Darleihens kurz vor seinem Todfalle geschehen ist, versäumte zur Intabulation zu bringen. — Ist nun in diesem Falle der Fideicommiß-Nachfolger verpflichtet, dieses Darleihen aus den Fideicommiß-Einkünften zurückzuzahlen? — oder kann er sich auf den Umstand berufen, daß diese Schuld in den öffentlichen Büchern nicht einverleibt, folglich auch noch als keine mit dem Besitze des Fideicommiß-Gutes verbundene Last anzusehen sey? — Allerdings scheint er zur Zahlung verpflichtet, weil das Gesetz zum Begriffe einer

eigentlichen Fideicommiß-Schuld nur die zur Constituirung derselben vorauszugehende gerichtliche Genehmigung, nicht aber auch die zur Sicherstellung des Fideicommiß-Gläubigers zu bewerkstelligende Intabulation fordert. — Daß übrigens hier unter gerichtlicher Genehmigung diejenige verstanden werde, welche die Fideicommiß-Behörde als solche in Folge des §. 635 in der Art ertheilet, daß damit das Fideicommiß belastet werde könne, liegt am Tage. — Es kann sich nähmlich leicht der Fall ergeben, daß ein minderjähriger Fideicommiß-Besitzer mit Bewilligung des Gerichtes, das zugleich seine Vormundschafts- und Fideicommiß-Behörde ist, zur Verbesserung seines Allodial-Gutes ein Darleihen aufnimmt. — Man kann daher in diesem Falle mit Recht sagen, daß diese Schuld mit gerichtlicher Genehmigung und zwar desjenigen Gerichtes, das zugleich Fideicommiß-Behörde ist, gemacht worden sey; dessenungeachtet könnte diese Schuld nur dann als eine Fideicommiß-Schuld angesehen werden, wenn die Genehmigung zur Contrahirung derselben von dem Gerichte als Fideicommiß-Behörde ausdrücklich zu dem Ende angesucht worden wäre, um damit das Fideicommiß-Gut belasten zu können. — Der Nachfolger im Fideicommisse ist freylich nur ein Particular-Successor, welcher der Regel nach nur die auf dem Gute eingetragenen Lasten zu übernehmen hat; allein der Grund, auf welchem sich die Bestimmung des §. 443 fußet, tritt bey ihm nicht ein. Er leidet einerseits dadurch keinen Nachtheil, daß die Schuld in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen wurde, — andererseits ist er ja in die Lage gesetzt, auf einem anderen Wege in die Kenntniß zu kommen, ob und welche Schulden sein Vorfahrer mit Bewilligung der Fideicommiß-Behörde contrahirt habe. — Zwar könnte es geschehen, daß der Fideicommiß-Besitzer ohne Bezeichnung desjenigen, von dem er das Darleihen aufnehmen wird, die Ermächtigung zur Belastung des Fideicommisses erhält, und mit Vorweisung dieser Ermächtigung von mehreren Personen das ganze zu erheben bewilligte Darlehen mehrfach aufnimmt. In diesem Falle ist es zweifellos, daß der Fideicommiß-Nachfolger nur zur einfachen Rückzahlung des aufzunehmen bewilligten Betrages verbunden seyn kann, und zwar in

dem Falle, als ein solcher Betrag intabulirt worden wäre, — zur Bezahlung dieses Betrages; weil die gerichtliche Genehmigung sich nur dahin erstrecket, den bewilligten Betrag ein Mahl aufnehmen zu dürfen, und durch die geschehene Intabulation genau bezeichnet ist, welches aus diesen Darleihen als Fideicommiß-Schuld zu betrachten sey. Wäre aber keines aus den Darleihen intabulirt, — so könnte er sich nur durch Depositirung des aufzunehmen bewilligten Betrages ohne Gefahr seiner Schuld entledigen.

3) Jeder Fideicommiß-Besitzer, welcher mit Genehmigung der Fideicommiß-Behörde ein Darleihen aufnimmt, oder einen Theil des Geld-Fideicommisses erhebt, verringert dadurch sein Fideicommiß- und vergrößert sein Allodial-Vermögen. — Hat er nun bereits die Bewilligung erhalten, das Fideicommiß mit einem bestimmten Betrage belasten zu können, so scheint durch diese Bewilligung seiner Allodial-Masse schon ein Vortheil zuzugehen, und in dem Falle, als das bey Absterben des Fideicommiß-Besitzers bereits aufzunehmen bewilligte Darleihen noch nicht erhoben worden wäre, den Allodial-Erben desselben das Recht zuzustehen, dasselbe nachträglich auf Kosten des Fideicommisses zu erheben. — Allein das Recht, das Fideicommiß-Gut zu verschulden, ist ein höchst persönliches Recht des Fideicommiß-Besitzers, das nur er selbst in Ausübung bringen kann, und das, wenn er es noch nicht in Ausübung gebracht hat, mit seinem Tode erlischt. — So wenig ein Gläubiger des Fideicommiß-Besitzers berechtiget ist, seine Forderung auf das Drittel des Fideicommiß-Gutes eintragen zu lassen, so wenig können dieses die Allodial-Erben des Fideicommiß-Besitzers thun. Dem Fideicommiß-Besitzer ist die Verschuldung des Fideicommisses (mit gerichtlicher Genehmigung) gestattet, weil er nebst dem Nutzungs-Eigenthume zugleich auch einen Theil des Ober-Eigenthums des Fideicommisses hat, dieses hört aber mit dem Tode des Fideicommiß-Besitzers auf, und geht an seinen Fideicommiß-Nachfolger, nicht aber an seine Allodial-Erben, über.

4) Aus der Anordnung des Gesetzes, daß der Nachfolger im Fideicommisse die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten

Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig seye, folgt jedoch nicht, daß auch der Gläubiger gehalten sey, sich anstatt an die Allodial-Masse des Fideicommiß-Besitzers an die Fideicommiß-Nachfolger zu halten. Die Intabulation auf dem Fideicommiß-Gute verschaffet dem Gläubiger bloß Sicherheit seiner Forderung, ändert aber an dem persönlichen Sachenrechte des Gläubigers gegen den Schuldner nichts. Es ist bereits bey Erläuterung des §. 638 Nr. 7 erwähnt worden, daß die Gläubiger nicht verhalten werden können, Abschlagszahlungen anzunehmen, und daß sie auch nicht genöthigt werden können, ihre Befriedigung blos aus den Fideicommiß-Einkünften zu suchen, sondern daß sie sich auch an das Allodial-Vermögen des Fideicommiß-Besitzers halten können. An diesem Rechte der Gläubiger kann der Tod des Fideicommiß-Besitzers keine Aenderung hervorbringen. Der Allodial-Erbe ist, wie Herr Hofrath Freyherr von Gärtner [1]) bemerkt, eben so wenig befugt, den Gläubiger an das Fideicommiß zu verweisen, als der Hauptschuldner wegen von einem Dritten geleisteter Bürgschaft oder bestellter Hypothek die Bezahlung aus eigenem Vermögen verweigern kann. Eine Ausnahme hiervon würde in dem Falle Statt haben, wenn bey Aufnahme des Darlehens ausdrücklich das Gegentheil bedungen worden wäre.

5) Zieht aber der Gläubiger vor, sich an das Fideicommiß zu halten, so hat der Fideicommiß-Nachfolger kein Recht, von den Allodial-Erben eine Rückvergütung der an den Gläubiger geleisteten Zahlung zu begehren; denn der gegenwärtige §. ladet dem Fideicommiß-Nachfolger nicht nur die Haftung für die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers auf, sondern verpflichtet ihn auch zur Bezahlung derselben. Wenn nun aber der Fideicommiß-Erbe hinsichtlich der bezahlten Fideicommiß-Schulden keinen Ersatzes-Anspruch an die Allodial-Erben machen kann, weil diese Last auf dem Fideicommisse, nicht auf dem Allode haftet; so folgt, daß der Allodial-Erbe, wenn er die Fideicommiß-Schulden bezahlt, in die Rechte

1) In seiner citirten Abhandlung S. 239.

des Gläubigers eintrete, und von dem Fideicommiß-Nachfolger die Rückvergütung zu fordern berechtiget seye.

6) Der gegenwärtige §. sagt, daß der Nachfolger im Fideicommisse die Fideicommiß-Schulden zu bezahlen schuldig seye. Dieses ist jedoch nicht dahin zu verstehen, als ob derselbe auch mit seinem Allodial-Vermögen dafür zu haften hätte, sondern es beschränken sich die Rechte des Gläubigers gegen den Nachfolger auf das Fideicommiß selbst. — Dagegen kann der mit gerichtlicher Bewilligung auf das Fideicommiß versicherte Gläubiger die gesammten Fideicommiß-Einkünfte in die Execution ziehen, und ist nach eingetretener Verfallzeit nicht schuldig, sich mit den gesetzlichen Depurations-Raten zu begnügen. — Das Gesetz erklärt im gegenwärtigen §. ganz allgemein, daß der Nachfolger die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig seye; es bestimmt im §. 642 die Rechte des Fideicommiß-Gläubigers, und verweist ihn, jedoch ohne alle weitere Beschränkung, auf die Einkünfte des Fideicommisses, die also im vollen Betrage zu seiner Befriedigung verwendet werden müssen. Ist ein Schuldschein, worin eine kürzere Zahlungsfrist festgesetzt war, auf das Fideicommiß-Gut intabulirt, dazu die gerichtliche Bewilligung rechtmäßig ertheilet worden, und die Schuld auf den Fideicommiß-Erben übergegangen; so muß er auch in Ansehung der Zeit der Zahlung die Verbindlichkeit seines Vorfahrers erfüllen [1]).

7) Obschon die Fideicommiß-Behörde zu einer Belastung über das Drittheil des Fideicommisses keinen Consens ertheilen darf, so kann es doch geschehen, daß durch eine übertriebene Schätzung des Fideicommisses, durch eine unrichtige Berechnung der bereits darauf haftenden Lasten, das Fideicommiß-Gut über das Drittel des wahren Werthes beschwert wurde, oder es können sich bis zum Todesfalle des Fideicommiß-Besitzers Umstände ereignen, welche den früheren Werth des Fideicommisses dergestalt herabdrücken, daß zur Zeit des Todes dasselbe über das Drittheil seines Werthes beschwert erscheint. — Es wäre nun

1) Siehe des Herrn Hofraths Freyherrn von Gärtner mehrerwähnte Abhandlung S. 141 — 142.

eine unrichtige Ansicht, wenn man glauben wollte, daß der Fideicommiß-Nachfolger denjenigen Betrag, um welchen das Fideicommiß-Drittel überschritten wird, zu bezahlen nicht schuldig seye. Der §. 635 setzt nur einen Maßstab für das Gericht fest, und nirgends erklärt das Gesetz, daß der Gläubiger bey der Execution auf das Drittel des Fideicommisses beschränkt seye. — Hierin stimmen auch die Verordnungen vom 23. April 1789 und 5. August 1793 überein, welche ausdrücklich erklären, daß der Gläubiger bey der Execution weder auf das Drittel der Einkünfte noch auf die gesetzlichen Depurationsraten beschränkt, sondern den ganzen Betrag der Einkünfte in Anspruch zu nehmen befugt seye; ungeachtet auch das Patent vom 3. April 1787, J. G. S. N. 659 und Hofdecret vom 28. Februar 1791, J. G. S. N. 119 die Intabulationen nur auf das Drittel des Fideicommisses gestatten [1].

8) Die noch vor dem Ableben des Vorfahrers bereits verfallenen und nicht gerichtlich verlängerten (§. 638) Rückzahlungen lagen dem Fideicommiß-Besitzer für seine Person ob; sie mußten aus den von dem Fideicommisse gezogenen Einkünften, oder aus seinem übrigen Allodial-Vermögen geleistet, müssen daher auch mit diesem von seinen Allodial-Erben übernommen werden, und daher hat kein Gläubiger das Recht, diese verfallenen Rückzahlungen unmittelbar von dem Fideicommiß-Nachfolger zu fordern. Immer bleibt jedoch das Fideicommiß-Gut auch für diese verfallenen Rückzahlungen in subsidiarischer Haftung, und der Fideicommiß-Nachfolger ist daher zur Zahlung derselben in so weit verbunden, als sich der Gläubiger auszuweisen vermag, daß er sie aus dem freyvererblichen Vermögen des Vorfahrers nicht erlangen könne.

§. 641.

Hat der Vorfahrer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht, wozu er das Fideicom-

1) Ebenda S. 213 — 245.

miß-Gut zu verschulden berechtigt gewesen wäre; so muß der Aufwand ersetzt werden. Hierzu sind aber die Nachfolger befugt, ein Drittheil des Fideicommiß-Gutes zu belasten. Die Rückzahlungen werden auf die in dem §. 638 vorgeschriebene Art geleistet.

1) Den Ersatz eines Aufwandes, der auch den Fideicommiß-Nachfolgern gedeihlich ist, z. B. wenn der Fideicommiß-Besitzer einen Damm, der einem reißenden Strome Einhalt that, repariren lassen, oder wenn er ein sumpfiges Terrain mit bedeutenden Kosten urbar gemacht, oder ein dem Einsturze drohendes, unentbehrliches Gebäude neu aufgebaut hätte, — können sie um so weniger widerrechtlich oder unbillig finden, als es ja dem Fideicommiß-Besitzer nicht hätte versagt werden können, zur Bestreitung eines solchen Aufwandes ein Capital aufzunehmen, und das Fideicommiß zu verschulden. Hat er dieses nicht gethan, weil er so viel eigenes Vermögen besaß, daß er eines fremden Darleihens nicht bedürftig war; so ist daraus nicht zu schließen, daß er die Bestreitung dieses Aufwandes nur zu Gunsten der Fideicommiß-Nachfolger und zum Nachtheil seiner Allodial-Erben habe vornehmen wollen; und zwar um so weniger, wenn man bedenkt, daß der Aufwand oft keinen Verzug leidet, und der Besitzer die Genehmigung nachzuhohlen sich vorsetzt. — Aber aus gleichem Grunde erheischt es auch die Billigkeit, daß die Fideicommiß-Nachfolger berechtiget werden, zur Bestreitung dieses Aufwandes das Drittel des Fideicommisses zu verschulden.

2) Der Aufwand muß aber zu einer *wichtigen*, mithin dauerhaften Verbesserung gemacht seyn. — Ist der für das Fideicommiß gemachte Aufwand für die Fideicommiß-Nachfolger von keinem besondern Nutzen, oder ist derselbe vielleicht gar nur zur Erhöhung des Vergnügens des Fideicommiß-Besitzers unternommen worden, ohne daß dabey der reelle Werth des Fideicommisses gewonnen hätte; so können die Fideicommiß-Nachfolger zu einem Ersatze nicht angehalten werden. Auch muß der Aufwand im Verhältniß zum Allodial-Vermögen *beträcht-*

lich seyn, weil er sonst von dem Nutzen, den der Besitzer noch selbst daraus gezogen hat, aufgewogen wird, und sehr wahrscheinlich von ihm in keine Betrachtung gezogen worden ist. — Da übrigens das Gesetz keine Zeitfrist bestimmt, in welcher dieser Aufwand vor dem Tode des Fideicommiß-Besitzers gemacht worden seyn müsse, um den Anspruch auf den Ersatz zu begründen; so entsteht die Frage, ob denn der Aufwand auch dann ersetzt werden müsse, wenn derselbe schon eine längere Zeit vor dem Tode des Fideicommiß-Besitzers, z. B. zehn Jahre vor demselben, gemacht worden wäre? — Nach dem geistigen Sinne dieses §. glaube ich diese Frage dahin beantworten zu müssen, daß der Aufwand allerdings, jedoch nur in so weit ersetzt werden müsse, als in dem Falle, wenn der Fideicommiß-Besitzer mit der zur Bestreitung dieses Aufwandes nöthigen Summe das Fideicommiß onerirt hätte, dem Fideicommiß-Nachfolger zur Last gefallen wäre. Im vorliegenden Beyspiele würde daher der Fideicommiß-Nachfolger nur die Hälfte des gemachten Aufwandes zu ersetzen verbunden seyn; denn hätte der Fideicommiß-Besitzer zur Bestreitung des Aufwandes das Drittel des Fideicommisses verschuldet, so hätte er diese Schuld wieder mit fünf von Hundert jährlich depuriren müssen, und sohin würde er binnen zehn Jahren die Hälfte des verwendeten Capitals aus eigenem Vermögen haben zurückzahlen müssen; in welchem Falle sohin nur mehr die Hälfte des Capitals, welches zur Bestreitung dieses Aufwandes aufgenommen wurde, auf dem Fideicommisse gehaftet hätte. — Denn nur ein solcher Aufwand ist zu ersetzen, zu dessen Bestreitung der Fideicommiß-Besitzer das Fideicommiß zu verschulden berechtiget gewesen wäre; der Fideicommiß-Besitzer wäre aber nicht berechtiget, dasselbe in der Art mit einer Schuld zu belasten, daß die ganze Schuld ohne den vorschriftmäßigen Theilzahlungen an den Fideicommiß-Nachfolger übergehen solle. — Bey Auseinandersetzung der Fideicommiß- und Allodial-Erbschaft muß daher der Aufwand von den Allodial-Erben bey der Gerichts-Behörde ausgewiesen werden, das freylich zu verwickelten Prozessen den Anlaß geben kann; daher die Fideicommiß-Behörde

sehr wohl thut, wenn sie die Parteyen im gütlichen Wege dießfalls auszugleichen sucht [1]).

§. 642.

Ein Fideicommiß-Gläubiger kann die Bezahlung einer, selbst mit gerichtlicher Bewilligung, auf dem Fideicommisse haftenden Schuld nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Einkünften desselben verlangen.

1) Der Fideicommiß-Besitzer hat zwar nicht nur allein gleich einem Fruchtnießer das ausschließende Recht auf die Nutzungen des Fideicommisses, welche sich noch bey Lebzeiten desselben ergeben, sondern selbst einen Antheil an dem Eigenthume des Fideicommisses, welches ihn unter den gesetzlichen Vorsichten berechtiget, die Nutzungen des Fideicommisses mit einer sich über seine Lebenszeit hinaus erstreckenden Wirkung zu verpfänden (§. 640); allein das Stammgut selbst muß immer unverletzt erhalten werden, und die auf dem Fideicommiß-Gute intabulirten Gläubiger können daher weder gegen den ersten Schuldner noch gegen den Fideicommiß-Erben auf das Stammgut selbst, sondern immer nur auf die Einkünfte desselben die Execution führen. — Unter Stammgut ist aber laut der allgemeinen Vorschrift des Gesetzes auch das bewegliche Stammvermögen zu verstehen. Oefters geschieht es, daß der Besitzer eines Pecunial-Fideicommisses anstatt den dritten Theil desselben zu erheben, wozu ihn der §. 635 berechtigt, ein Darlehen contrahirt, und auf die sichergestellten Fideicommiß-Capitalien superintabuliren läßt. Es frägt sich nun, ob nicht wenigstens in diesem Falle der dritte Theil des Pecunial-Fideicommisses in Execution gezogen werden könne, oder ob der Gläubiger seine Schuld auch nur aus den Zinsen der Fideicommiß-Capitalien einbringen könne? — Ich glaube, daß der Fideicommiß-Besitzer, da er vermög §. 635 berechtiget ist, ein Drittheil des Pecunial-Fideicommisses zu erheben, auch

1) Nach den früheren Gesetzen konnte der Ersatz des Aufwandes nicht gefordert werden. Hofdecret vom 25. März 1781; 9. May 1785; 3. April und 10. August 1787.

befugt sey, das Fideicommiß-Capital mit der Wirkung gültig zu verpfänden, daß der Gläubiger, wenn er seine Bezahlung zur gehörigen Zeit nicht erhält, selbst auf das Stammgut in so weit greifen könne, als der Fideicommiß-Besitzer dasselbe zu erheben berechtiget gewesen wäre.

2) Eine weitere Frage entsteht hier, was in Ansehung des fundus instructus Rechtens sey? — Es ist nähmlich nicht selten der Fall, daß der fundus instructus, weil bey Widmung des unbeweglichen Gutes zum Fideicommisse sich derselbe als Allodium vorbehalten wurde, nicht zum Fideicommisse gerechnet, und derselbe daher auch bey dem Todfalle des Fideicommiß-Besitzers nicht in das Fideicommiß-Inventar, sondern in das Verzeichniß des Allodial-Vermögens aufgenommen wird. — Kann nun wohl in einem solchen Falle der Gläubiger des Fideicommiß-Besitzers den fundus instructus in die Pfändung ziehen? — Ich halte dafür, daß dieses nicht angehe; denn das Gesetz rechnet (§. 296) den fundus instructus in die Classe der unbeweglichen Sachen, und es ist kein Gesetz vorhanden, welches bestimmte, daß der bey einem Fideicommiß-Gute vorhandene fundus instructus deßwegen aufhöre, eine unbewegliche Sache zu seyn, wenn sich das Fideicommiß-Band auf diesen nicht ausdehnet. Die Ursache, warum der fundus instructus als eine unbewegliche Sache anzusehen ist, beruht offenbar darin, weil die letztere ohne denselben ihrem Zwecke nach nicht benützt werden kann. — Ohne diesen fundus instructus wäre der Fideicommiß-Besitzer in Benützung des Fideicommiß-Gutes gehemmt, und eine Entziehung desselben würde die Fideicommiß-Gläubiger in ihren Rechten, aus den Früchten des Fideicommisses ihre Befriedigung zu erhalten, verkürzen.

§. 643.

Theilung der Früchte des letzten Jahres.

Die Früchte des letzten Jahres werden zwischen den Erben des Vorfahrers und dem Nachfolger im Fideicommisse eben so, wie zwischen dem Fruchtnießer und Eigenthümer (§. 519) getheilt.

1) Der Inhaber eines Fideicommisses besitzt äußer demselben der Regel nach auch ein freyvererbliches Vermögen. — Auf jenes haben, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, nach seinem Ableben der Fideicommiß-Nachfolger (§. 619 u. f. w.) und die Fideicommiß-Gläubiger (640), auf dieses die übrigen testamentarischen, gesetzlichen oder Vertrags-Erben, Vermächtnißnehmer und alle Allodial-Gläubiger Anspruch. Es müssen also, nach den in dem Hauptstücke über die Besitznehmung der Erbschaft ertheilten Vorschriften, beyde Verlassenschaften selbst in dem Falle abgesondert behandelt werden, als der Nachfolger zugleich einziger Allodial-Erbe seyn würde. — Die Fideicommiß-Verlassenschaft umfaßt lediglich das ursprüngliche Stammgut, mit allen seinen schon bey Errichtung des Fideicommisses dabey vorhanden gewesenen Bestandtheilen und Zugehörungen, worüber das Fideicommiß-Institut, die Inventuren, die früheren Verlassenschafts-Abhandlungen, die Fideicommiß-Tabellen und die übrigen gerichtlich aufbewahrten Fideicommiß-Acten den Aufschluß geben müssen (§. 627). Die erst in der Folge demselben einverleibten Bestandtheile und angeschafften Zugehörungen können aber nur dann die Eigenschaft eines Fideicommisses annehmen, wenn diese Einverleibung und Anschaffung mit Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt geschehen ist.

2) Es geschieht indessen nicht selten, daß das Fideicommiß-Gut einen Zuwachs erhielt, ohne daß für diesen Zuwachs die Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt erwirkt worden ist. Dieses ist z. B. der Fall, wenn auf dem Fideicommiß-Grunde ein Haus erbaut worden wäre, oder die bessere Cultivirung der Fideicommiß-Gründe die Herbeyschaffung eines vermehrten fundus instructus nothwendig gemacht hätte. — Da es in diesem Falle unthunlich ist, die Vergrößerungen, die dadurch das Fideicommiß erhalten hat, den Allodial-Erben in Natur zuzutheilen, so erübriget nichts, als den Werth derselben in die Allodial-Masse aufzunehmen, welchen Werth der Fideicommiß-Nachfolger dem Allodial-Erben ersetzen muß. — In diesem Falle scheinet aber der letztere das Recht zu haben, das Fideicommiß-Gut mit dem Werthe der demselben dadurch zugegangenen Verbesserung zu be-

bürden, ohne daß er nöthig hätte, hiervon Depurationen zu leisten; denn nur dadurch lassen sich die §§. 294 u. 627, wenigstens ihrem geistigen Sinne und Zwecke nach, mit einander vereinigen.

3) Dem Fideicommiß-Besitzer kömmt, nebst dem ideellen Antheile an der Proprietät, die unbeschränkte Fruchtnießung auf das Fideicommiß-Gut zu. — Mit seinem Tode erlöschen Proprietät und Fruchtnießung, und beyde gehen an den Fideicommiß-Nachfolger über. Die Allodial-Erben des verstorbenen Fideicommiß-Besitzers stehen also in Ansehung des Fideicommiß-Nachfolgers ungefähr in eben jenem Verhältnisse, wie der bisherige Fruchtnießer zum Eigenthümer der Sache nach beendigtem Fruchtgenusse. Es ist daher ganz consequent, daß der Gesetzgeber hier ausdrücklich anordnet, daß die Früchte des letzten Jahres zwischen den Erben des Vorfahrers und dem Nachfolger im Fideicommisse auf die im §. 519 bestimmte Art und Weise zu theilen seyen. — Daher können auch die Gläubiger des verstorbenen Fideicommiß-Besitzers ihre auf die Früchte des Fideicommisses erlangten Pfandrechte nur in eben diesem Maße geltend machen, als selbe auf den Allodial-Erben übergehen. Derjenige Theil der Nutzungen, der nach dem Ableben des Nutzungseigenthümers dem Fideicommiß-Nachfolger zufällt, kann kein Gegenstand einer gültigen Verpfändung seyn, wenn sie auch ausdrücklich verabredet worden wäre.

4) Da das Pfandrecht mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache erlischt (§. 468), so zerfallen mit dem Tode des Fideicommiß-Besitzers auch alle auf die Früchte des Fideicommisses erwirkte Pfandrechte. — Der Fideicommiß-Nachfolger kann daher ohne weiteres die Löschung der gegen den verstorbenen Fideicommiß-Besitzer auf die Früchte des Fideicommisses erwirkten Intabulationen verlangen. — Dieses gilt selbst für den Fall, als der Fideicommiß-Nachfolger zugleich Allodial-Erbe des früheren Fideicommiß-Besitzers wäre; denn das Recht, die Einkünfte des Fideicommiß-Gutes zu genießen, steht ihm nur in der Eigenschaft eines Fideicommiß-Nachfolgers, nicht in der eines Allodial-Erben zu. Die von dem verstorbenen Fideicommiß-

Besitzer übernommene Last, die Einkünfte des Fideicommisses für seine contrahirten Schulden zu verpfänden, gehet sohin auf den Allodial-Erben nicht über; denn ist er gleich mit dem Fideicommiß-Erben eine und die nähmliche physische Person, — so ist er immer in juridischer Beziehung als eine von dem Allodial-Erben verschiedene Person anzusehen. — Es wird zwar seiner Zeit, nach Einantwortung des Allodial-Verlasses, den Gläubigern das Recht nicht benommen werden können, auch in Ansehung der auf den Erben übergegangenen Verlassenschafts-Schulden die Einkünfte des Fideicommisses in Pfändung zu ziehen; allein das Pfandrecht muß dann gegen den Fideicommiß-Nachfolger immer neu erworben werden. Von einer Fortsetzung der bereits gegen den früheren Fideicommiß-Inhaber erwirkten Intabulation kann keine Rede seyn. — Dieses würde auch dem Fideicommiß-Erben in Ansehung seines ihm im §. 641 eingeräumten Rechtes in vielen Fällen sehr hinderlich seyn.

§. 644.

Auflösung.

Ein Fideicommiß kann aufgelöset werden, wenn keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist. Zur Auflösung des Fideicommiß-Bandes aber wird nebst der Einwilligung des Nutzungs-Eigenthümers und aller Anwärter, die durch ein Edict vorzuladen sind, auch die Einvernehmung des Curators der Nachkommenschaft und die gerichtliche Bewilligung erfordert.

1) Von der Veränderung des Fideicommiß-Besitzers, von welcher in dem vorhergehenden §. die Rede war, unterscheidet sich wesentlich die gänzliche Auflösung oder Erlöschung des Fideicommisses. Ein Fideicommiß wird aufgelöset, wenn das Fideicommiß-Band, obschon es noch bestehen könnte, durch Uebereinkommen gänzlich zerfällt. Die rechtliche Einlösung oder Veräußerung des Fideicommiß-Gutes, wodurch das Band auf ein Geld-Fideicommiß

übertragen wird (§. 633), ist keine Auflösungsart des Fideicommisses selbst. Ob und in wie fern die Ersitzung des Fideicommisses Statt findet, wird an dem gehörigen Orte bestimmt [1]).

2) Zu einem solchen Uebereinkommen ist, nebst der Einwilligung des Nutzungs-Eigenthümers, auch die aller Anwärter, dann die Einvernehmung des Curators der Nachkommenschaft und die gerichtliche Bewilligung nothwendig. Es sind daher die bekannten Anwärter zur Vernehmung vorzuladen, und in Ansehung der unbekannten ist das Edict auszufertigen. Der Curator der Nachkommenschaft muß zu dem Zwecke gehöret werden, um zu erfahren, ob noch eine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen sey, oder nicht; denn im ersteren Falle kann keine gerichtliche Bewilligung zur Auflösung des Fideicommisses ertheilet werden. Die Fideicommiß-Behörde hat die Gründe des Posteritäts-Curators zu würdigen, und nach Befund ihre Bewilligung zur Auflösung zu ertheilen, oder zu versagen; über welche Entscheidung, sie mag wie immer ausfallen, den dadurch sich beschwert findenden Interessenten der weitere Beschwerdezug an das Appellationsgericht vorbehalten bleiben muß. Von einer Vernehmung des eigentlichen Fideicommiß-Curators erwähnet das Gesetz nichts, und es erscheint auch diese Vernehmung ganz überflüssig, da die Verpflichtungen desselben nur so weit reichen, als ein Fideicommiß vorhanden ist; die Entscheidung der Frage aber, ob das Fideicommiß aufgelöset werden, oder noch fortwährend bestehen soll, seine Obliegenheiten eben so wenig berühret, als der Concursmasse-Verwalter bey Entscheidung der Frage: ob der Concurs aufzuheben sey, oder nicht? — eine Stimme zu führen hat.

3) Welcher Termin in dem für die unbekannten Fideicommiß-Anwärter zu erlassenden Edicte festzusetzen sey, hat das Gesetz so wenig, als die übrigen dabey zu beobachtenden Modalitäten bestimmt; allein da die Fideicommiß-Anwärter nichts anders, als die bereits existirenden, für den Todesfall eines oder des anderen zum Fideicommisse berufenen Erben sind, so glaube ich, daß sich hier ganz nach dem benommen werden müsse, was das Ge-

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 1.

setz in Betreff der Einberufung unbekannter Erben angeordnet hat, und bey Erläuterung des §. 798 auseinander gesetzt werden wird.

4) Ist aber das Fideicommiß auf die so eben bezeichnete gesetzliche Art aufgehoben, so können die dazu gehörigen Güter in der Folge von keinem der vormahligen Interessenten revociret werden; sie können ihr eigenes factum nicht anfechten, und willkührlich Verträge brechen, die mit Vorwissen und Genehmigung des Gerichtes geschlossen worden sind. Ist der eine oder andere Anwärter ungeachtet des erflossenen Edictes unbekannt geblieben, so mag er dieses seinem eigenen Verschulden zuschreiben, oder wenigstens den in seiner Person ereigneten widrigen Zufall auf seine Schultern nehmen. — Sollte wider alles Vermuthen doch noch ein Nachkomme zur Welt kommen, so muß er sich gleichfalls die Allodialisirung gefallen lassen; denn das Gesetz sagt nicht, daß das Fideicommiß erst dann aufgelöset werden könne, wenn wirklich kein Nachkomme vorhanden ist; sondern dem Gesetze genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit auf Seite des Nicht-Entstehens eines Nachkommens sich befindet. Es würde auch durch die Feststellung des Gegentheils die Gewißheit des Eigenthumes sehr gefährdet werden. Darum wird auch von mehreren Lehrern des gemeinen Rechtes den Nachkommen ein solches Revocationsrecht abgesprochen [1]).

5) Welche rechtliche Wirkung bringt die Veräußerung und Allodialisirung einer Fideicommiß-Realität in Rücksicht auf die ad fructus et ad corpus eingetragenen Gläubiger hervor?

Die Folge davon ist, daß das grundbüchlich oder landtäflich einverleibte Fideicommßi-Institut in dem öffentlichen Buche gelöscht, und, in so fern nur eine Umwandlung des Real-Fideicommisses in ein Geld-Fideicommiß geschehen ist, dasselbe auf den für das Fideicommiß eingegangenen Kaufschilling vorgemerkt

1) Siehe Stieglitz de fideicom. fam. consensu eorum, quorum interest sublatis Lips. 1752. Pütter in seinen Rechtsfallen, B. 3, Thl. 1., Resp. 252. Runde deutsches Privatrecht §. 636. Kephalides de alienatione fideicommissorum fam. sine consensu liberorum, postea procreatorum. Erlangae 1783, §. 1. Grüger und Glück merkwürdige Rechtsfälle, B. II., S. 130. Bohner Untersuchung der Frage: »Kann eine mit Einwilligung aller Interessenten geschehene Veräußerung eines Fideicommisses oder Stammgutes von den nach der Veräußerung gebornen Kindern widerrufen werden?" Bamberg, 1795.

werde. — Eine gleiche Uebertragung der Fideicommiß-Schulden kann ohne ausdrückliche Einwilligung der Gläubiger nicht Statt finden, weil ihnen ihr Pfandrecht auf das Gut selbst durch den einseitigen Act des Eigenthümers nicht entzogen werden, und die Veräußerung der Hypothek ihren Rechten nicht nachtheilig seyn kann. Vielmehr erlangen die ad corpus einverleibten Gläubiger durch die Allodialisirung den Vortheil, daß sie nun nicht mehr die Früchte allein, sondern auch den Hauptstamm des Fideicommisses in die Execution ziehen können, weil das Gut die fideicommissarische Eigenschaft, die dieser Execution auf das Stammvermögen allein im Wege stand, verloren hat. Dagegen wird das Pfandrecht der ad fructus vorgemerkten Gläubiger durch die Veräußerung der Fideicommiß-Realität nicht im mindesten verändert; es beschränkt sich, so wie vorher, auf die bey Lebzeiten des Fideicommiß-Besitzers, der ihr Schuldner ist, verfallenen Einkünfte des Gutes. Denn nicht der Fideicommiß-Besitzer allein, sondern sämmtliche Fideicommiß-Anwärter sammt ihrer Nachkommenschaft sind die Eigenthümer des Fideicommisses, und sohin auch als die Verkäufer anzusehen, von denen das Gut an den neuen Käufer übergeht. Der Allodial-Gläubiger des Ersteren hat vor dem Verkaufe nur gegen ihn, als seinen Schuldner, ein Pfandrecht erlangt, welches sich nur auf den Antheil dieses Schuldners, mithin auf die ihm gehörigen Früchte bezieht. — Die Veräußerung der verhypothecirten Sache kann aber keine Ausdehnung am Hypothekarrechte selbst hervorbringen. Sowohl der Käufer des Fideicommiß-Gutes als die später vorgemerkten Gläubiger würden durch eine solche Ausdehnung des den Allodial-Gläubigern früher zugestandenen Pfandrechtes gekränkt, indem der erstere nur die zur Zeit des Verkaufes auf dem Gute haftenden Lasten zu übernehmen hat (§. 443), und der letztere vor der Allodialisirung keinem Allodial-Gläubiger mehr, als die bey Lebzeiten seines Schuldners verfallenen Einkünfte zu überlassen schuldig war, und sohin darauf rechnen konnte, daß er sobald die Intabulation ad fructus durch den

Tod des Fideicommiß-Besitzers erloschen war, die Fideicommiß-Realität ungehindert in Execution ziehen könne [1]).

§. 645.

Oder Erlöschung eines Fideicommisses.

Das Fideicommiß erlischt, wenn es zu Grunde geht; oder, wenn alle in dem Stiftbriefe berufenen Linien, ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft, ausgestorben sind. In dem letzteren Falle vereiniget sich das Ober-Eigenthum mit dem Nutzungs-Eigenthume, und der Besitzer kann nach Willkühr über das Fideicommiß verfügen.

1) Ein Fideicommiß erlischt überhaupt, wenn die fideicommissarische Anordnung schlechterdings nicht mehr befolgt werden kann. Dieß wäre der Fall, wenn das unbewegliche Fideicommiß-Gut durch eine große Verheerung, oder das bewegliche durch Raub und Plünderung ganz zu Grunde ginge. So lange noch ein Theil besteht, dauert daß Fideicommiß-Band fort.

2) Wenn alle Anwartschaft und alle Hoffnung einer berufenen Nachkommenschaft wegfällt, so hat der Besitzer auch in Hinsicht auf das Ober-Eigenthum keinen Miteigenthümer, sohin besteht kein getheiltes Eigenthum mehr, kein Fideicommiß; und der Besitzer kann, wenn in dem Stiftbriefe keine Vorsehung getroffen ist, über das Gut, wie über jedes Allein-Eigenthum, frey verfügen [2]).

3) Die Frage: ob das Fideicommiß wirklich als erloschen anzusehen sey, oder nicht? ist ohne Zweifel der Entscheidung

1) Siehe die mehrerwähnte Abhandlung des Freyherrn von Gärtner S. 217 — 250, welcher seinen Aufsatz mit folgenden, von den Fideicommiß-Behörden zu beherzigenden Worten schließt. »Diese Bemerkungen werden übrigens zum Beweise dienen, wie viele Vorsicht bey Allodialisirung verschuldeter Fideicommiß-Güter nöthig sey, und wie leicht der Fideicommiß-Besitzer dabey seinen Zweck verfehlen, die Fideicommiß-Instanz sich Verantwortlichkeit zuziehen, und zu weit aussehenden und bedenklichen Prozessen der Grund gelegt werden könne, wenn man sich nicht durch eine sorgfältige Berechnung aller Verhältnisse und durch eine freywillige Uebereinkunft mit den vorgemerkten Gläubigern und übrigen Theilnehmern des Erfolges in Vohinein versichert."

2) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 1 und 2.

der Fideicommiß-Behörde vorbehalten. Welche Vorsichten dieselbe dabey zu beoachten habe, ist in den Gesetzen nirgends ausgesprochen. Da es sich hier lediglich um die Erörterung des Umstandes handelt, ob einige zum Fideicommisse berufene Erben vorhanden seyen, oder nicht, so bin ich der Ueberzeugung, daß die Fideicommiß-Behörde nach der Analogie der bey der Erläuterung des §. 798 aufgeführt werdenden Bestimmungen gleichfalls ein Edict zur Ausforschung dieser Erben auszufertigen haben, und erst sodann, als sich während der gesetzlichen Frist kein Erbe gemeldet hat, oder die von Einem oder dem Anderen geschehene Anmeldung ungegründet befunden wird, die Erlöschung des Fideicommisses aussprechen könne.

4) Wenn die Aufhebung des auf einer in den Erblanden befindlichen Realität, öffentlichen oder Privat-Obligation vorgemerkten Fideicommiß-Bandes aus dem Grunde verlangt wird, weil ein, in einem vorhin zur österreichischen Monarchie gehörig gewesenen, durch die Friedensschlüsse an eine fremde Macht überlassenen Lande errichtetes Fideicommiß allda aufgehoben worden; so hat hierüber, ohne Rücksicht auf die in dem derzeit fremden Staate erfolgte Verfügung, nach Maßgabe der allgemeinen Gesetze, diejenige erbländische Gerichtsbehörde zu entscheiden, welche über eine solche Fideicommiß-Zugehörung bisher die Gerichtsbarkeit ausgeübt hat, oder welcher solche, vermög der Jnrisdictions-Gesetze, gebühret. Wenn es aber eine Obligation eines öffentlichen Fondes von einem solchen Fideicommisse betrifft, worüber bisher keine erbländische Gerichtsbarkeit eingeschritten ist, hat diejenige Gerichtsbehörde, zu welcher die Rechtsgeschäfte desjenigen Fondes gehören, bey welcher das Fideicommiß-Band vorgemerkt ist, mit der Entscheidung vorzugehen [1]).

5) Ueber Anfrage: ob die erfolgte Aufhebung der Fideicommisse in den von der österreichischen Monarchie durch die Friedensschlüsse vom Jahre 1809 getrennten Provinzen, auch auf die in den damahligen österreichischen Ländern befindlichen Zugehörungen solcher Fideicommisse nicht wirken könne? — haben Se. Majestät zu entschließen befunden, daß die, in den von der

1) Hofdecret vom 20. Juny 1806, Nr. 763.

österreichischen Monarchie getrennten Provinzen erfolgte Aufhebung der Fideicommisse auf diese in den österreichischen Ländern befindlichen Zugehörungen dann nicht wirken könne, wenn solche durch die höchste Bestätigung, oder den bestehenden österreichischen Gesetzen gemäß, mit dem Fideicommiß-Bande behaftet erscheinen; wenn daher die Aufhebung eines dergleichen Fideicommiß-Bandes aus dem Grunde angesucht wird, weil ein in einem vorhin zur österreichischen Monarchie gehörig gewesenen, durch die Friedensschlüsse an eine fremde Macht überlassenen Lande bestandenes Fideicommiß allein aufgehoben worden ist, habe, ohne Rücksicht auf die von dem fremden Staate getroffene Verfügung, nach Maßgabe des oben festgesetzten Grundsatzes in jedem Falle, ohne Unterschied, das Landrecht jener Provinz in erster Instanz zu entscheiden, in welcher die Fideicommiß-Entität, um die es sich handelt, gelegen ist; doch sey jeder Devinculirungsfall eines solchen Fideicommisses mit den dabey eintretenden Umständen und Rücksichten vorläufig der obersten Justizstelle gutächtlich vorzulegen [1]). Dabey ist zu bemerken, daß in allen jenen Theilen, welche durch den Friedensschluß vom Jahre 1809 der Krone Bayerns anheim gefallen sind, die Fideicommisse für aufgehoben erklärt wurden, und es entstand daher die Frage: ob in dem von Seite Oesterreichs wieder occupirten Ländern die Wiederherstellung dieser von Bayern aufgehobenen Fideicommisse Platz greife? — Diese Frage wurde durch die Hofdecrete vom 19. October 1816 Z. 1290 und 20. Februar 1817 Z. 1318 verneinend beantwortet. In Ansehung der Fideicommisse in den ehemahligen illyrischen Provinzen wurde durch Hofdecret vom 8. August 1817 Z. 1358 Folgendes festgesetzt: „In jenen Gebiethstheilen, wo das französische Decret von Antwerpen vom 30. September 1811 Art. 44, über die Fideicommisse kund gemacht worden ist, soll dasselbe nur dann von Wirksamkeit seyn, wenn sich mit dem letzten Besitzer des Fideicommisses, bis zur Einführung der österreichischen Gesetzgebung, d. i. bis zum 1. August 1814, eine Besitzveränderung schon wirklich ergeben hat. Wo sich keine solche Veränderung des Be-

1) Hofdecret vom 31. October 1809, Nr. 854.

sitzes ereignete, sind die Fideicommisse als fortdauernd und bestehend nach den österreichischen Gesetzen zu handhaben und zu behandeln. — Dieses hier angeführte Hofdecret hat jedoch nach seinem deutlichen Inhalte nur in jenen Provinzen seine Anwendung, in welchen das durch diese Anordnung erläuterte Decret von Antwerpen vom 30. September 1811 kund gemacht worden war. In dem, nunmehr wieder zu dem Görzer-Kreise gehörigen, am rechten Ufer des Isanzo gelegenen Gebiethstheile hingegen, welcher vorher dem Königreiche Italien einverleibt war, kann die Wiederherstellung der durch die vorige Regierung aufgehobenen Fideicommisse nicht Statt haben, jedoch daselbst, wie überall, wo das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch eingeführt ist, die Errichtung neuer Fideicommisse unter den in diesem Gesetzbuche festgesetzten Bedingungen angesucht werden [1])."

6) Da es eine besondere Pflicht der Gerichtsbehörden ist, für die Aufrechthaltung der ihrer Obsorge anvertrauten Fideicommisse zu sorgen, so haben sich dieselben auch in der Lage zu erhalten, den Stand der ihnen unterstehenden Fideicommisse zu jeder Zeit einsehen zu können. — Der Referent, dem ein Fideicommiß zum Referate zugetheilt wird, hat über die wahre Beschaffenheit des Fideicommisses ein Rapulare zu halten, und in selbes die Beschaffenheit des Fideicommiß-Institutes, die eigentlichen Fideicommiß-Güter mit den etwa hierbey auffallenden Bemerkungen, die Fideicommiß-Besitzer und Curatoren, die Lasten des Fideicommisses, die etwa zu leistenden Depurirungen genau und umständlich einzutragen, und alle in Beziehung auf das Fideicommiß vorfallende Angelegenheiten von Zeit zu Zeit anzumerken, damit er nicht nur zuverlässige Auskunft, wenn selbe nöthig wäre, ertheilen könne, sondern auch, wenn bey einem oder dem anderen Fideicommisse, besonders in Rücksicht der aufgetragenen Depurirungen, eine Saumseligkeit bemerkt würde, dießfalls die nöthigen Erinnerungen bey allgemeiner Rathsversammlung geschehen, und mit den erforderlichen Vorkehrungen eingeschritten werden möge. Damit der Vorsitzende versichert sey, daß das vorgeschriebene Rapu-

1) Hofdecret vom 6. September 1819; J. G. S. Nr. 1602.

lare wirklich geführt werde, hat er sich dasselbe öfter unter dem Jahre vorlegen zu lassen [1]).

§. 646.

Unterschied eines Fideicommisses von Stiftungen.

Von den Substitutionen und Fideicommissen unterscheiden sich die Stiftungen, wodurch die Einkünfte von Capitalien, Grundstücken oder Rechten zu gemeinnützigen Anstalten, als für geistliche Pfründen, Schulen, Kranken- oder Armenhäuser; oder zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgenden Zeiten bestimmt werden. Die Vorschriften über die Stiftungen sind in den politischen Verordnungen enthalten.

1) Die Anordnung, wodurch Einkünfte von Capitalien, Grundstücken oder Rechten zu gemeinschaftlichen Anstalten, als für Kirchen, Schulen, Kranken-, Waisen- oder Armenhäuser, oder zum Unterhalt gewisser Personen auf immerwährende Zeit bestimmt werden, wird mit dem Nahmen Stiftung bezeichnet. Frommer Sinn, Wohlthätigkeit und der Wunsch, für das gemeine Wohl zu sorgen, sind öfters die Triebfeder solcher Anordnungen, die meistens durch letztwillige Verfügungen errichtet werden, und die von Substitutionen, wodurch einzelnen Personen ein Vermögen zugewendet wird, und von Fideicommissen, die den Flor und Glanz einer Familie zum Zwecke haben, sich von selbst unterscheiden.

2) In Ansehung der Erhaltung und Unveräußerlichkeit des Vermögens kommen Substitutionen, Fideicommisse und Stiftungen überein. Es unterscheiden sich aber die Stiftungen außer ihrem Zwecke auch noch dadurch von Fideicommissen, daß bey den ersteren die Verwaltung und Obsorge der Administrations- (politischen) Behörde zusteht, die letzteren aber derselben nicht unterworfen sind, sondern den Gerichtsbehörden unterstehen.

---

1) Allgemeine Instructionen für die Justizstellen, vom 9. September 1785, 1. Abthl. 4. Abschn., §. 41.

3) Die Stiftungen werden entweder durch einen Act bey Lebzeiten, oder durch eine letztwillige Anordnung errichtet. Im ersten Falle entsteht eine Art von Vertrag zwischen dem Stifter und den Vorstehern derjenigen frommen oder wohlthätigen Anstalt, zu deren Gunsten die Stiftung gemacht wird. Jener erklärt sich gegen diese, der Kirche oder der Anstalt, der sie vorstehen, ein bestimmtes Stammvermögen, welches gewisse jährliche Einkünfte oder Zinsen abwirft, als einen Beytrag gegen dem zu übergeben, daß dafür diese oder jene geistliche Function auf seine Meinung gehalten, oder andere bestimmte Handlungen unternommen werden, und die Vorsteher nehmen dieses Versprechen im Nahmen der Kirche oder der Anstalt an. Im zweyten Falle ist die Stiftung als ein mit einer Bedingung, die gestifteten Verbindlichkeiten zu erfüllen, belastetes Vermächtniß anzusehen. Wenn nun die Vorsteher im Nahmen der Kirche oder der Anstalt dieses Vermächtniß rechtsgültig annehmen, so macht sich die Kirche oder die Anstalt verbindlich, die Bedingung zu erfüllen. Es ist aber von Seite der letzteren keine Schuldigkeit, eine neue Stiftung zu übernehmen, und sie können dazu eben so wenig gezwungen werden, so wenig derjenige, mit dem Jemand einen Vertrag schließen will, zur Einwilligung, und ein Legatar zur Annahme eines belasteten Vermächtnisses gezwungen werden kann. Ist jedoch die Stiftung einmahl von denjenigen, die hierzu autherisiret sind, angenommen, so entsteht auch ihrerseits die Gerechtigkeitspflicht, dieselbe zu erfüllen.

4) In Ansehung der geistlichen Stiftungen, welche zu frommen Zwecken errichtet werden, hat die k. k. Hofkanzley unterm 16. December 1819 an das küstenländische Gubernium eine Belehrung erlassen [1]), und in selber die bereits bestehenden Vorschriften in ein Ganzes zusammengezogen. Zufolge derselben ist sich bey Errichtung von Stiftungen auf folgende Art zu benehmen.

A. Wenn eine Stiftung durch einen Act bey Lebzeiten errichtet wird, so muß sich der Stifter mit den Vorstehern der Kirche, zu der sie bestimmt ist, in das Einvernehmen setzen. Wird sie aber durch eine letztwillige Anordnung errichtet, so steht es der Abhandlungs-

1) Siehe Goutta's G. S., B. 42, S. 723 — 735.

Instanz zu, dafür zu sorgen, daß eine legale Testaments-Abschrift gleich nach dem Tode dem Gubernium mitgetheilt werde, daß der Erbe den Willen des Erblassers erfülle, und das verstiftete Capital oder Gut an jene Kirche übergebe.

B. Sobald nun die Kirchen-Verwaltung von der zu errichtenden Stiftung in die Kenntniß gesetzt wird, muß sie vor Allem untersuchen, ob die Stiftung annehmbar sey, oder nicht.

Als annehmbar ist die angebothene Stiftung anzusehen:

a. wenn die Erfüllung der Stiftungs-Verbindlichkeit physisch möglich ist, welches dann der Fall ist, wenn für jene Tage, für welche eine Stiftung gemacht werden soll, noch keine frühere besteht, welche die Annahme einer späteren unmöglich macht; oder wenn überhaupt an der Kirche nicht bereits so viele gleichartige Stifungen vorhanden sind, daß es der bey der Kirche angestellten Priesterschaft geradezu unmöglich würde, deren noch mehrere zu übernehmen und zu verrichten. Wird eine solche Stiftung, deren Erfüllung physisch unmöglich ist, von einem noch lebenden Stifter angebothen, so ist ihm die Unmöglichkeit der Erfüllung der Stiftungs-Verbindlichkeit von der Kirchen-Verwaltung begreiflich zu machen, damit er entweder seine Willens-Meinung auf eine den Verhältnissen der bereits mit anderen Stiftungen belasteten Kirche angemessene Weise abändere, oder aber von der Stiftung geradezu abstehe. Gründet sich hingegen die Stiftung auf ein frommes Vermächtniß, so soll zwar mit den Erben, der erstbesagten Abänderung wegen, Rücksprache gepflogen, allein es kann ihnen die Freyheit, die Stiftung zurückzunehmen, nicht zugestanden werden, und es ist die Entscheidung, wie die bestmöglichste Erfüllung der Stiftungen einzuleiten wäre, mittelst des Kreisamtes von dem k. k. Gubernium sich zu erbitten, welches darüber, allenfalls über vorläufige Einvernehmung des Ordinariates, das Weitere bestimmen wird.

b. Wenn die Erfüllung der Stiftungs-Verbindlichkeit moralisch möglich, folglich ein wirklich zur Ehre Gottes gereichendes, weder dem ordentlichen Kirchen-Ritus überhaupt, noch auch der vorgeschriebenen Gottesdienst-Ordnung insbesondere wider-

sprechendes Werk ist. Würde die Stiftungs-Verbindlichkeit den kirchlichen oder politischen Vorschriften entgegen seyn, so müßte mit dem noch lebenden Stifter, der so eine Stiftung anbiethet, wegen Abänderung derselben nach dem Gesetze oder wegen Zurücknahme derselben, wie oben gesagt wurde, Rücksprache gepflogen werden. Gründet sich aber die Stiftung auf ein frommes Vermächtniß, so kann abermahl den Erben des Stifters die Freyheit, die Stiftung zurückzunehmen, nicht zugestanden werden, weil ein, einem Vermächtnisse beygesetztes, den Gesetzen widersprechendes Bedingniß als ein unmögliches zu betrachten ist, und unmögliche Bedingnisse so angesehen werden, als ob sie nicht beygesetzt wären. Darum wäre auch in diesem Falle die Entscheidung des Guberniums über die festzusetzende Erfüllungs-Modalität der Stiftung, wie oben, einzuhohlen.

c. Wenn der Ertrag der Stiftung sowohl dem Priester, von dem, als auch der Kirche, in welcher sie verrichtet werden soll, nicht nur nicht zum Nachtheile, sondern zum Vortheile gereicht. Ließe sich durch die Annahme der Stiftung ein offenbarer und dauerhafter Nachtheil befürchten, so ist, wenn der Stifter noch lebt, ihm dieses begreiflich zu machen, und auf obbesagte Art eine Abänderung oder Zurücknahme der Stiftung einzuleiten; wenn aber der Stifter verstorben ist, und die von ihm legirten Beträge für die angeordneten Stiftungs-Verbindlichkeiten nicht zureichen, so wird das Gubernium, an welches auf die erst sub a besagte Weise der Vortrag zu machen ist, allenfalls über höhere Entscheidung bestimmen, welche Stiftungs-Verbindlichkeiten für diese Beträge, und wie sie zu erfüllen seyn werden; und es wird in dieser Hinsicht schon dermahlen bemerkt, daß bey Messen-Stiftungen nicht nur das Stipendium für den Priester, sondern auch ein kleiner Beytrag für den Kirchendiener, und vorzüglich für die Kirche zur Entschädigung derselben für die Paramente, Beleuchtung und den Opferwein sicher gestellt, folglich darauf Rücksicht genommen werden soll, daß die von dem Capitale abfallenden Zinsen hinlänglich seyen, um diese jährlichen Beträge zu bedecken. Dabey wurde noch bemerkt:

aa. Das Stipendium für die Stiftmessen, Todtenämter und Todten-Officien ist zwar in den verschiedenen Diöcesen verschieden; allein weil oft so geringe Beträge für geistliche Stiftungen bestimmt werden, daß der Wille des Stifters gar nicht in Erfüllung gebracht werden kann, so wurde als Minimum festgesetzt, daß die Stiftung einer Messe, weil sie alljährlich in fortwährender Zeitfolge gelesen werden muß, und weil dabey ein Abzug für die Kirchenbedürfnisse und für die Kirchendiener Statt findet, nicht unter Einem Gulden angenommen werden darf (29. May 1811). Dieser Abzug hat dergestalt zu geschehen, daß dem Priester 45 kr., dem Meßner 6 kr., der Kirche 9 kr. für eine Stiftmesse zu Guten kommen.

bb. In Hinsicht auf Todtenämter und Todten-Officien ist das im Orte für dergleichen Functionen übliche Stipendium als Minimum anzunehmen, und darnach soll das für solche legirte Stiftungen von den Erben auszufolgende Capital bemessen werden, wenn der Testator nicht selbst den Betrag hierfür ausgesprochen, sondern nur die geistlichen Verrichtungen, die er gestiftet haben wollte, bestimmt hat.

cc. Gegen diesen als Minimum festgesetzten Betrag kann die Stiftung angenommen werden, wenn sich auch die Erben der Stifter, die entweder den Stiftungs-Betrag nicht ausgesprochen, oder nur ein solches Capital, daß eben so viel an Zinsen abwirft, legirt haben, zu einem höheren Betrage nicht herbey lassen wollen; deßwegen aber ist es nicht verbothen, für diese gestifteten geistlichen Functionen ein höheres Capital anzunehmen, wenn die Stifter selbes freywillig anbiethen, oder die Erben der Stifter sich von selbst dazu herbeylassen; auch bleibt es den Ordinariaten und Kirchenvorstehern unbenommen, die lebenden Stifter oder ihre Erben aufmerksam zu machen, daß mit einem höheren Betrage auch die Dauer der Stiftung mehr gesichert sey.

dd. Wenn daher lebende Stifter sich nicht zur Leistung und Sicherstellung des als Minimum festgesetzten Stipendiums bequemen wollen, so haben die Kirchen-Verwaltungen die angebothene Stiftung selbst abzulehnen. Wenn aber geringere

Beträge legirt wurden, so wird das Gubernium, an welches auf die oben bezeichnete Weise der Vortrag zu machen ist, die Abänderung der Stiftungs-Verbindlichkeit mit Rücksicht auf den legirten Betrag und die bisher angegebenen Grundsätze bestimmen.

C. Wird die Stiftung entweder an sich selbst, oder nach erfolgten oberwähnten Abänderungen von der Kirchen-Verwaltung annehmbar befunden, so muß ihre weitere Sorgfalt auf das Bedeckungs-Capital der Stiftung gerichtet seyn; wobey zu unterscheiden ist, ob das Stiftungs-Capital von dem Stifter in barem Gelde, oder in öffentlichen Fondsobligationen, in Privatschuldbriefen, in Fahrnissen, Pretiosen, oder liegenden Gründen angebothen und ausgefolgt wird.

a. Wird bares Geld für die Bedeckung der Stiftung von dem lebenden Stifter angebothen, oder von dem verstorbenen Stifter legirt, so hat es die Kirchen-Verwaltung zu übernehmen, einstweilen in der Kirchencasse zu verwahren, und für dessen fruchtbringende Anlegung nach den dießfalls bestehenden Vorschriften zu sorgen.

b. Werden öffentliche Fondsobligationen verstiftet, so muß der Stifter, wenn er noch lebt, die Cession auf dieselben für die Stiftung ausstellen, und dann sind die Obligationen zur Veranlassung der Umschreibung auf Nahmen der Stiftung dem Gubernium vorzulegen. Wenn aber der Stifter nicht mehr lebt, so werden die Obligationen, nachdem sie mit der Cession von den Erben, oder der Abhandlungs-Instanz versehen worden sind, ebenfalls dem Gubernium vorgelegt.

c. Werden Privatschuldscheine verstiftet, so ist es Pflicht der Kirchen-Verwaltung, dafür zu sorgen, daß die Privatschuldner im gehörigen Wege in die Kenntniß gesetzt werden, daß sie die Interessen nicht mehr an den früheren Privatgläubiger, sondern an die Stiftung zu zahlen haben, und daß allenfalls, wenn der Privatgläubiger intabulirt ist, die Forderung zu Gunsten der Kirche oder der Stiftung umschrieben werde. Auch ist dabey zu sorgen, daß die gesetzmäßige Sicherheit vorhanden sey, oder hergestellt werde.

d. Werden Fahrnisse, Pretiosen u. s. w. verstiftet, so müssen sie von der Kirchen-Verwaltung in die Verwahrung genommen, ihr Werth durch eine ordentliche Schätzung erhoben, dann, wenn sie bey der Stiftung inventarisch zu verbleiben haben, in das Inventarium aufgenommen, im entgegengesetzten Falle aber nach vorläufiger mittels des Kreisamtes einzuhohlender Genehmigung des Guberniums, welches nöthigenfalls auch das Ordinariat darüber einvernehmen wird, versteigerungsweise zum Vortheile der Stiftung veräußert, und für die fruchtbringende Anlegung des daraus gelösten Betrages gesorget werden.

e. Werden liegende Gründe verstiftet, so wird es Sorge der Kirchen-Verwaltung, unter Mitwirkung des Kreisamtes und des Guberniums, seyn, die Veranstaltung zu treffen, daß die Umschreibung und Uebergabe derselben an die Stiftung erfolge; dann aber wird die besondere Sorgfalt der Kirchen-Verwaltung eintreten, damit diese Stiftungs-Realitäten auf die bestmöglichste Weise verwaltet werden.

D. Ist das Stiftungs-Capital oder sonstige Bedeckung der Stiftung einmahl in Ordnung gebracht, und wurde die Stiftung annehmbar befunden; so hat die Kirchen-Verwaltung die Acceptations-Urkunde der Stiftung auszustellen, worin sie erklären muß, daß die Stiftung, weil ihre Erfüllung thunlich ist, und der Kirche oder dem Priester Vortheil bringt, angenommen werde, und daß sie sich verpflichte, für die Erhaltung des Stiftungs-Capitals oder der Stiftungs-Realitäten stets zu sorgen, und die Stiftung, so lange die Bedeckung dauert, genau in Erfüllung zu bringen.

E. Diese Acceptations-Urkunde, dann die Anordnung des Stifters in einem getreuen Testaments-Auszuge, oder in einer sonst vorhandenen Urkunde, ferner die Stiftungs-Obligationen, oder die Uebergabs-Urkunden der Stiftungs-Realitäten, und alle Stiftungsbelege hat die Kirchen-Verwaltung dem Kreisamte zu übergeben, welches dieselben an das Gubernium vorlegt, damit nach vorläufiger Prüfung der Stiftung und ihrer Hypothek die Errichtung des Stiftbriefes bey dem Ordinariate eingeleitet werde.

F. Findet das Ordinariat gegen die Annahme der Stiftung einige Bedenken, so stellt es dieselben mit Beyfügung aller besagten Urkunden dem Gubernium dar, von welchem es die weitere Weisung zu gewärtigen hat.

G. Findet hingegen das Ordinariat gegen die Stiftung nichts einzuwenden, oder sind seine Bedenken vom Gubernium gelöset worden, so fertigt es drey Exemplare des Stiftbriefes nach einem bestimmten Formulare aus; wobey bemerkt wird, daß manchmahl, und besonders dann, wenn die Urkunde, auf welche sich die Stiftung gründet, schon selbst alle zur Berichtigung der Stiftung erforderlichen Bestimmungen enthält, es zureichen kann, auf diese in triplo ausgefertigte Stiftungs-Urkunde die Ordinariats-Confirmation mit wenigen Worten beyzusetzen, ohne sich eben an das Formular zu halten.

H. Diese drey Exemplare des Stiftbriefes, deren Eines für den Stifter oder seine Erben, Eines zur Aufbewahrung in der betreffenden Kirchencasse, Eines zur Aufbewahrung im Ordinariats-Archive bestimmt ist, werden sammt allen Stiftungsbelegen von dem Ordinariate dem Gubernium zur Erlangung des landesfürstlichen Willbriefs vorgelegt, und es müssen alle drey Exemplare mit dem classenmäßigen Stämpel nach dem Werthe des Gegenstandes versehen werden (19. März 1812).

I. Nach erfolgter Gubernial-Bestätigung des Stiftbriefes, wodurch die Stiftung erst als vollständig berichtigt anzusehen ist, bekömmt das Kreisamt zwey mit dieser Bestätigung versehene Exemplare sammt der Acceptations-Urkunde, dem Testaments-Auszuge, den Obligationen und allen Stiftungsbelegen mit der Weisung:

a. Ein mit der Gubernial-Bestätigung versehenes Exemplar des Stiftbriefes sammt allen dazu gehörigen Urkunden der Kirchen-Verwaltung mit dem Auftrage zuzustellen, daß sie dieses Exemplar des Stiftbriefes sammt den Obligationen und übrigen Urkunden in die mit dreyfacher Sperre versehene Kirchencasse hinterlege,

b. das zweyte Exemplar des Stiftbriefes, jedoch ganz allein, ohne alle andere Urkunden dem Stifter oder seinen Erben, wenn

sie es verlangen, auszufolgen, widrigenfalls aber bey dem Kreisamte aufzubewahren.

c. Das dritte Exemplar hingegen wird vom Gubernium dem Ordinariate zugestellt, damit es dasselbe in seinem Archive aufbewahre, und über die genaue Erfüllung der von Seite der Kirchen-Verwaltung durch die Stiftung übernommenen Verbindlichkeiten nicht nur genau wache, sondern auch dieselben sogleich in die sogenannte tabula fundationum, welche in jeder Sacristey über alle bey der Kirche bestehenden Stiftungen an einem sichtbaren Orte aufgehangen seyn muß, beysetzen lasse.

4) Hinsichtlich der Vertretung milder Stiftungen auf dem Rechtswege haben Se. Majestät am 22. December 1820 [1]) Folgendes zu entschließen geruht:

Alle unter öffentlicher Verwaltung stehenden Institute, ohne Ausnahme, müssen der bestehenden Instruction gemäß von dem Fiscalamte vertreten werden. Fromme Vermächtnisse und Stiftungen sind in ihrer Einbringung und Einsetzung, da der Staat für deren Realisirung nach dem Willen der Erblasser und Stifter zu sorgen verpflichtet ist, somit hinsichtlich der Einbringung und Sicherstellung des gestifteten Vermögens ebenfalls von dem Fiscus zu vertreten. — Die Art der weiteren Vertretung solcher Stiftungen aber hängt von dem Umstande ab, ob dieselben unter landesfürstlicher oder Privatverwaltung stehen, und ob sie folglich nach der Analogie der Patrone und Vogtey nur der unmittelbaren landesfürstlichen, oder einer Privatobsorge zugewiesen sind. — Nur im ersteren Falle liegt auch deren weitere Vertretung nach erfolgter Einsetzung dem Fiscus, im letzteren Falle aber immer den Privatpatronen, jedoch unter deren Verantwortlichkeit nicht nur für die Zwecke der Stiftung, sondern auch für deren genaue Befolgung und unter der Ober-Aufsicht des Staates ob, welcher stets als oberster Beschützer aller gemeinnützigen Anstalten zu betrachten ist. — Nur in dem Falle, als eine unter Privatverwaltung stehende Stiftung gegen die Patronats- oder Vogtey-Obrigkeit selbst zu vertreten wäre, ist diese Vertretung

1) Hofkanzley-Decret vom 31. December 1820; P. G. S., B. 43, S. 431.

kraft des dem Staate zustehenden obersten Schutzes von dem Fiscalamte zu leisten.

5) Da die Sorgfalt der Staats-Verwaltung hauptsächlich auf die ungeschmälerte Erhaltung des Stiftungs-Vermögens gerichtet ist, so hat selbe von Zeit zu Zeit wegen gesicherter Anlegung desselben Vorschriften erlassen, die von Seite der n. ö. Landes-Regierung unterm 12. December 1827 in eine Norm zusammen gezogen wurden, deren Inhalt im wesentlichen Folgender ist:

Alle Capitalien der unter der Verwaltung des Staates stehenden Fonde und Anstalten können nur gegen gesetzliche Sicherheit bey Privatpersonen angelegt, und nie ohne vorläufige Bewilligung der Landesstelle dargeliehen werden. — Jedes ohne diese Einwilligung geschehene Darleihen ist ungültig, daher kann auch der Entlehner, ohne Rücksicht auf die, in dem Schuldbriefe festgesetzten Bedingungen, alsogleich zur Zurückzahlung verhalten werden. Uebrigens hat in einem solchen Falle für den etwa hieraus entstehenden Schaden oder für die Kosten derjenige mit seinem Vermögen zu haften, und den Ersatz zu leisten, der ohne Einhohlung der Regierungs-Bewilligung ein solches Capital ausgeliehen hat.

So oft es sich demnach um die Darleihung eines solchen Capitales handelt, ist um die Genehmigung der Landesstelle bey dem Kreisamte einzuschreiten, mit der Zuzählung des Capitals aber so lange zurückzuhalten, bis die Genehmigung erfolgt. — Die Grundbedingung der Genehmigung ist die pupillarmäßige Sicherheit des Capitals (§. 230).

Zur Ausweisung der gesetzlichen Sicherheit eines solchen Capitals werden erfordert:

a. die darüber ausgefertigten Original-Schuldurkunden als: Schuldscheine, Cessionen u. s. w., welche nach den Vorschriften des b. G. B. und der allg. G. O. als zur grundbücherlichen oder landtäflichen Einverleibung geeignet, ausgefertigt werden. — Sind zwey oder mehrere Schuldner, so haben sie sich rücksichtlich des erhaltenen Darlehens zur ungetheilten Hand (in solidum) zu verpflichten. Eben so muß sich jeder Schuldner ausdrücklich erklären, die bedungenen Interes-

sen zur jedesmahligen Verfallszeit um so gewisser abzuführen, widrigens im Nichtzuhaltungsfalle mit einer einzigen Interessen-Rate auch das Capital, ungeachtet der allfällig stipulirten Aufkündigungszeit, sogleich gerichtlich eingetrieben werden könnte. — Jedes Kirchen-, Schul-, Armen-Instituts-, Spitals-, Stiftungs-, oder was immer sonst für ein unter der Obsorge der Staatsverwaltung stehendes Capital, muß in der darüber auszufertigenden Schuldurkunde ausdrücklich als ein solches, und zwar mit der möglichsten Genauigkeit bezeichnet werden. Im Falle einer Cession müssen jederzeit die Schuldner unter ihrer und zweyer Zeugen Fertigung erklären, daß sie von derselben verständigt worden seyen, und die Richtigkeit der cedirten Forderung in quali et quanto anerkennen; wobey es sich von selbst versteht, daß diese Erklärung am betreffenden Orte supereinverleibt werden müsse.

b. Die Satzbriefe, Landtafel- oder Grundbuchsbestätigungen über die vorgenommene bücherliche Einverleibung der Schuldurkunden. Diese Documente müssen gleichfalls in Original vorgelegt werden.

c. Die gerichtsordnungsmäßig ausgefertigten umständlichen Landtafel- oder Grundbuchs-Extracte zum Ausweise des Besitzstandes und der Priorität des dargeliehenen Capitals, so wie der demselben allfällig vorhergehenden Lasten. Diese Extracte müssen jederzeit ämtlich gefertigt, und mit dem ämtlichen Siegel bestätiget seyn, und die in der Frage stehenden Sätze der zu prüfenden Darlehen bereits enthalten. — Was die Valuten der einzelnen Sätze betrifft, so versteht es sich von selbst, daß diese, wenn sie in dem öffentlichen Buche bestimmt ausgedrückt sind, auch in den Extracten auf dieselbe Weise angegeben werden müssen. Endlich

d. Die Hypothekar-Schätzung in Original oder beglaubigter Abschrift. — Da übrigens die Erfahrung gelehrt hat, daß Capitalien, welche sonst unter Beobachtung der gesetzlichen Vorsichten auf kleinere Realitäten dargeliehen wurden, bey dem Verkaufe derselben im Executions- oder Concursswege doch nicht selten ganz oder zum Theil unbedeckt bleiben, so können größere

Beträge auf Realitäten, die nach der gesetzlichen Cynosur nur nothdürftig zu ihrer Bedeckung hinreichen, gar nie, aber selbst geringere Beträge, wo möglich nur in günstiger Priorität auf solche kleine Hypotheken angelegt werden. — Wenn nun ein mit den angeführten Urkunden belegtes Gesuch bey dem Kreisamte einlangt, so wird es dasselbe prüfen, und wenn es nichts zu bemängeln findet, der k. k. Hof- und niederösterreichischen Kammer-Procuratur mittheilen. Findet diese, daß noch Anstände zu beheben, oder fehlende Behelfe, deren Mangel das Kreisamt nicht sogleich zu rügen in der Lage war, nachzutragen seyen; so wird sie sich wieder an das Kreisamt wenden, solche Eingaben aber erst dann an die Landesstelle zur Genehmigung befördern, wenn sie zur Ertheilung derselben vollkommen geeignet sind. — Die Erledigung wird dann den gewöhnlichen Weg durch das Kreisamt zurückgehen. — Uebrigens ist kein Verwalter eines unter der Tutel des Staates stehenden Capitals befugt, dasselbe bey sich anzulegen.

6) In Ansehung der Evidenzhaltung einer solchen Stiftung ist das Nähmliche vorgeschrieben, was §. 645 Nr. 6 von den Fideicommissen bemerkt worden ist.

Eilftes Hauptstück.

Von den Vermächtnissen.

§. 647.

Von wem, wie und wem legiret werden könne.

Zur Gültigkeit eines Vermächtnisses (§. 535) ist nothwendig, daß es von einem fähigen Erblasser, einer Person, die zu erben fähig ist, durch eine gültige letzte Willens-Erklärung hinterlassen werde.

Ein Vermächtniß (Legat) kann dem Vortheile aus dem Erbrechte auf die übrige Verlassenschaft nicht nur gleich kommen, sondern denselben sogar überwiegen (§. 535). Aus diesem Grunde fand es daher die Gesetzgebung billig, in den Bedingungen zur Gültigkeit des Vermächtnisses eben so strenge zu seyn, als in den Erfordernissen zur Gültigkeit der Erbes-Einsetzung. — Diese sind bereits oben angegeben worden; und es wird sich daher hier darauf bezogen. Die Erfordernisse zur Gültigkeit eines Vermächtnisses sind daher ebenfalls: a) die Testirungs-Fähigkeit des Erblassers (§§. 566 — 576); b) die Erbfähigkeit des Vermächtnißnehmers (§§. 538 — 546); c) die Gültigkeit der letzten Anordnung (des Testamentes, Codicills, Erbvertrags oder Schenkung auf den Todesfall), sowohl in Rücksicht der inneren, als der äußeren Form, und die Möglichkeit der Leistung (§. 653). Dabey glaube ich auf den Unterschied aufmerksam machen zu müssen, welcher in Ansehung der vertragsmäßigen Willens-Erklärung zwischen der Erbschaft und einem Vermächtnisse Platz greift, daß nähmlich die Uebertragung eines Erbtheiles (im eigentlichen Sinne des Wortes) durch Vertrag nur zwischen Ehegatten Statt findet, während Vermächtnisse auch anderen Personen durch Vertrag zugewendet werden können, von dem bey Erläuterung des §. 956 umständlicher gehandelt werden wird.

§. 648.

Der Erblasser kann auch Einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus bestimmen, in Rücksicht desselben sind sie nur als Legataren zu betrachten.

1) Ein Vermächtniß, welches dem eingesetzten (erbfähigen) Erben zugedacht wird, ist ungezweifelt an sich gültig. — Wenn der Erbe als Alleinerbe das Vermächtniß sich selbst aus der Erbschaftsmasse entrichten müßte (indem der Erblasser z. B. jenen, dem er in einem Codicille nur ein Vermächtniß zugedacht hatte, in der Folge zum Alleinerben ernennt); so wird, weil Niemand sein eigener Schuldner seyn kann (§. 1445), das Vermächtniß der Regel nach unwirksam. Ich sage „der Regel nach," weil in manchen Fällen auch bey diesem thatsächlichen Verhältnisse die Wirksamkeit des Vermächtnisses sich äußert. — Ein solcher Fall wäre, wenn der Erblasser mehrere Vermächtnisse angeordnet hätte, welche zusammen genommen die ganze reine Verlassenschaft mehr als erschöpfen, in welchem Falle der Erbe in Ansehung seines Vermächtnisses nach §. 692 gleich einem andern Legatar behandelt wird. Setzen wir z. B. den Fall: der Erblasser vermache dem A, B, C und D jedem 3,000 fl., und setze dann später den A noch überdieß zum Universalerben ein. Das von dem Erblasser hinterlassene reine Vermögen betrage 9,000 fl. — Würde der A lediglich als Universalerbe eingesetzt seyn, ohne daß ihm zugleich ein Vermächtniß hinterlassen wäre, so würde er ganz leer durchgehen; denn die drey Legatare B, C und D würden mit ihren Legats-Forderungen die ganze Verlassenschaft erschöpfen. Da sich aber der Erbe A gleichfalls unter den Vermächtnißnehmern befindet, so nimmt er mit den übrigen einen gleichen Theil, und die 9,000 fl. werden sohin unter diesen vieren Vermächtnißnehmern vertheilt. Eben so wird das Vermächtniß wirksam seyn, wenn sich der Erbe des Erbrechtes entschlägt, oder das Vermächtniß aus dem Vermögen eines Dritten zu empfangen hat (§. 649).

2) Häufiger aber kömmt der Fall vor, daß der Erblasser einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß voraus be-

stimmt. Man pflegt dieses daher ein Voraus-Vermächtniß (Prälegat) zu nennen. Das römische Recht nimmt den folgereichen Satz an: der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den anderen Theil bekömmt er als Erbe, und zwar einen eben so großen Theil, wie er von der Erbschaft erhält, bekommt er auch als Erbe vom Prälegat. Z. B wenn drey Miterben jeder auf ein Drittheil eingesetzt sind, und Einem von ihnen, dem A 600 fl. prälegirt werden, so bekommt er nur 2/3, also 400 fl. als Legatar, und 200 fl. behält er als Erbe. Dieses ist aber nur von dem Falle zu verstehen, wenn das Prälegat Einem Miterben aus der ganzen Erbmasse zugedacht ist; soll dagegen ein Miterbe von seiner Erbportion das Prälegat dem anderen Miterben zahlen, so bekommt der Miterbe das Legat als Legatar, trägt also davon nichts an den Erbschafts-Schulden [1]). Das österreichische Gesetzbuch hat diese Distinction des römischen Rechtes nicht aufgenommen. Der Erblasser, welcher einem Miterben ein solches Prälegat bestimmt, will offenbar, daß dieser in Ansehung dieser vermachten Sache oder der legirten Summe ganz so, wie ein anderer Legatar, behandelt werden solle. Die Ansicht des römischen Rechtes beruht zwar darauf, daß eigentlich alle Miterben zusammen die Legate bezahlen, und daher in dem vorerwähnten Beyspiele der mit dem Prälegate von 600 fl. begünstigte Miterbe nur 400 fl. von seinen Miterben fordern könnte, die übrigen 200 fl. sich selbst von seinem Erbtheile bezahlen müßte; was den römischen Rechtsgelehrten ungereimt schien. — Allein, wenn dieses Prälegat nur das einzige Legat ist, das der Erblasser angeordnet hat, oder, wenn die Erbschaftsmasse zureicht, alle Legate vollständig zu befriedigen, so ist diese Distinction von geringer practischer Wichtigkeit. Hat aber der Erblasser mehrere Legate angeordnet, und ist die Erbschaftsmasse nicht zureichend, alle Legate zu befriedigen, so fällt die scheinbare Ungereimtheit weg; und es läuft offenbar gegen die Absicht des Erblassers, wenn der Miterbe in Ansehung seines Legates den anderen Legataren nicht gleich ge-

1) Siehe Hopfners Commentar §. 558.

halten werden sollte. — Die Disposition des österreichischen Gesetzbuches, das mit Beseitigung dieser römischen Distinction überhaupt den Grundsatz ausspricht, daß der Miterbe in Betreff eines solchen Prälegates als Legatar zu betrachten sey, ist daher den Forderungen der Gerechtigkeit vollkommen angemessen.

§. 649.

Wer mit der Entrichtung des Vermächtnisses beschwert werden könne.

Die Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben, selbst in dem Falle, daß die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, nach Maß ihres Erbtheiles zur Last. — Es hängt jedoch von dem Erblasser ab, ob er die Abführung des Legates Einem Miterben, oder auch einem Legatare besonders auftragen wolle.

1) Ein Vermächtniß ist eine Last, welche auf der gesammten Erbschaftsmasse ruhet; es ist also auch ganz natürlich, daß Vermächtnisse von allen Erben zusammen entrichtet werden müssen, und zwar nach dem Verhältnisse, als sie an der Erbschaft Theil nehmen. Dieses geschieht, wie von Zeiller bemerkt, am einfachsten dadurch, daß man die Vermächtnisse, so wie die übrigen Lasten, von der Verlassenschaft aushebt, und dann die reine Erbschaft unter die Erben vertheilet; woraus auch die Gewohnheit entstanden seyn mag, daß man in einem Testamente erst die Vermächtnisse bestimmt, und mit der Erbes-Einsetzung beschließet.

2) Der Erblasser kann eigentlich nur über sein, und nicht auch fremdes Vermögen rechtlich verfügen. — Indessen geht es doch an, daß der Erblasser die einem der Erben eigenthümliche Sache legire. Wenn nun der Erblasser wirklich eine Sache legiret, die einem aus den mehreren eingesetzten, oder von dem Gesetze berufenen Erben gehört, so fällt nach Anordnung des gegenwärtigen §. das Legat nicht nur demjenigen Erben, dessen Eigenthum die legirte Sache ist, sondern allen Erben gemeinschaftlich zur Last. — Der höchste Gesetzgeber wurde bey dieser Anordnung von der Betrachtung geleitet, daß ein solcher Miterbe schon da-

durch beschwert werde, daß er sich die Ablretung seiner Sache gegen Empfang des Werthes gefallen lassen muß, und daher kein Grund vorhanden sey, in diesem Falle von der obigen Regel abzuweichen. — Es muß daher in einem solchen Falle die vermachte Sache in Geld angeschlagen, die sich aus der Schätzung ergebende Summe Geldes unter alle Erben nach Verhältniß ihrer Erbsantheile repartiret, und die auf die übrigen Miterben entfallende Quote demjenigen Erben, aus dessen Eigenthum die Sache vermacht wurde, zu Guten gerechnet und resp. vergütet werden.

3) Der Erblasser kann jedoch ausdrücklich einem Miterben die Abführung eines Legates auftragen, in welchem Falle die Entrichtung desselben ihm allein zur Last fällt, und er von den übrigen Miterben keine Vergütung anzusprechen berechtiget ist. Selbst ein Legatar muß sich, weil er von dem Erblasser bedacht worden ist, der Entrichtung eines Vermächtnisses an einen Dritten unterziehen.

§. 650.

Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, nicht entschlagen. Nimmt er aber das Legat nicht an; so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen.

1) Die erste Vorschrift bezieht sich, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, hauptsächlich auf den Fall, wo dem Legatare eine Sache gegen Entrichtung einer Summe, oder umgekehrt eine Summe z. B. von 100 Ducaten, gegen Entrichtung einer Sache z. B. seines Reitpferdes an einen Dritten, vermacht wird. Nimmt der Legatar das Vermächtniß an, so erklärt er eben dadurch, daß er den Werth des ihm zugedachten Vermächtnisses höher schätze, als den Werth der ihm auferlegten Leistung, und muß sich also dem Auftrage unterziehen.

2) Sieht der Legatar, daß der Werth des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige, und sohin für ihn dadurch ein Nachtheil entstehen würde, so erübrigt ihm nichts, als sich des Legates zu entschlagen. — In diesem Falle muß derjenige, dem das dadurch erledigte Vermächtniß zufällt, entweder die dem Legatar aufgetragene Leistung über sich nehmen, oder gleichfalls dem Legate entsagen; in welch letzterem Falle es demjenigen zufällt, dem das weitere Vermächtniß hätte geleistet werden sollen. — Dieses wird ganz natürlich auch in dem Falle Statt haben, wenn dem Legatare Niemand substituirt ist. — Kann sich daher im vorliegenden Falle der Legatar nicht entschließen, sein Reitpferd um die ihm zugedachte Summe von 100 Ducaten weg zu geben, und ist kein Substitut ernannt, dem das erledigte Vermächtniß pr. 100 Ducaten zufallen soll, so muß der Legatar dem Dritten die 100 Ducaten überlassen.

§. 651.

Ein Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Classe von Personen, als: Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugedacht hat, kann die Vertheilung, welchen aus diesen Personen, und was jeder zukommen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt, so bleibt die Wahl dem Erben vorbehalten.

1) Der §. 564 ordnet an, daß der Erblasser den Erben selbst einsetzen müsse, und dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen könne. Diese Anordnung scheint auch der Regel nach auf Legate Anwendung zu finden, und der gegenwärtige §. in Bezug auf Legate, nur in so weit eine Ausnahme von der Regel festzusetzen, wenn einer gewissen Classe von Personen ein Legat zugedacht worden ist; in diesem Falle kann der Erblasser die Art der Vertheilung dem Erben oder auch einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser Niemanden benennt, wel-

cher diese Vertheilung zu machen haben soll, so steht sie dem Erben zu, wenn nicht eine gesetzliche Vermuthung, wie in den §§. 559, 682 u. 683 vorkömmt, oder eine gesetzliche Bestimmung hierüber vorhanden ist. Durch diese gesetzliche Anordnung scheinen mir die Verordnungen der n. ö. Regierung vom 16. Februar 1786 und 14. November 1801 [1]), welche anordnen, daß, wenn der Erblasser ein Vermächtniß zur Vertheilung unter Arme oder sogenannte Hausarme bestimmt, und nicht ausdrücklich Jemand benannt wird, der ein solches Vermächtniß zu vertheilen hat, zur k. k. Studien- und Stiftungen-Hauptcasse zu erlegen seye, welche hiervon der n. ö. Regierung die Anzeige zu machen hat, damit selbes von ihrer Seite aus vertheilt werde, — aufgehoben zu seyn. — Jedoch wird in einem solchen Falle, wo entweder derjenige, der die angeordnete Gabe unter die Armen zu vertheilen haben soll, im Testamente ausdrücklich benennt ist, oder der Erbe sie in Folge dieser gesetzlichen Bestimmung vornimmt, der Landesregierung ein nahmentliches Verzeichniß der wirklich betheilten Armen zu überreichen seyn [2]).

2) Vermacht der Erblasser seinen eigenen Verwandten ein Legat, so tritt die Vorschrift des §. 682 ein, vermög welcher ein ohne eine nähere Bestimmung für die Verwandten des Erblassers ausgesetztes Vermächtniß denjenigen zugewendet wird, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind. Der gegenwärtige §. redet daher nur von Verwandten im Allgemeinen, stellt also lediglich eine Regel auf, von welcher der §. 682 eine Ausnahme macht, der eben deßwegen auch nur auf die Verwandten des Erblassers eingeschränkt werden muß, indem sonst beyde §§. im offenbaren Widerspruche mit einander stehen würden [3]). Der Grund der gegenwärtigen Vorschrift ist, weil man vermuthen muß, daß, da es unter den Verwandten unwürdige und würdige, mehr oder minder würdige gibt, der Erblasser nicht alle habe betheilen, um so weniger gleich betheilen, mithin den Erben, welcher sich in

1) Siehe das Handbuch des Herrn Professors Winniwarter 2. B., S. 249 u. 250.

2) Hofdecret vom 9. July 1806; P. G. S. 26. B., S. 96.

3) Beytrag zur Erklärung der §§. 651, 682 u. 683 des b. G. B. von Hrn. Dr. Georg, Edlen v. Scheidlein. Wagn. Zeitsch. 1825. 9. H., S. 157 — 167.

der Lage befindet, die Unwürdigkeit oder Würdigkeit, und die größere oder mindere Würdigkeit der Verwandten beurtheilen zu können, in der Art der Befolgung seines letzten Willens nicht habe beschränken wollen.

3) Ein Vermächtniß an Dienstbothen kann auf eine dreyfache Weise vorkommen; der Erblasser kann nähmlich Dienstbothen überhaupt, welche sich in einer gewissen Lage befinden, ohne Beziehung auf die Person ihres Dienstgebers, z. B. armen, alten Dienstbothen ein Legat hinterlassen, oder er kann den Dienstbothen einer bestimmten Person außer ihm, oder er kann seinen eigenen Dienstbothen ein Vermächtniß widmen. Im ersten Falle kömmt gegenwärtige Vorschrift in volle Anwendung, und es versteht sich dabey von selbst, daß unter Dienstpersonen nur solche verstanden werden können, welche zur Zeit des Todfalles des Erblassers in wirklichen Diensten sich befinden; im zweyten Falle wird, damit gegenwärtige Vorschrift in Anwendung trete, gleichfalls erfordert, daß der Erblasser die Dienstbothen nicht näher bezeichnet habe, weil der gegenwärtige §. voraussetzt, daß das Legat einer ganzen Classe von Personen, und nicht den in dieser Classe sich befindlichen Individuen nahmentlich zugedacht worden sey, und eben wegen dieser allgemeinen Bezeichnung, die der §. voraussetzt, können hier auch nur jene Dienstbothen darunter verstanden werden, welche sich zur Zeit des Todes des Erblassers in den Diensten der gedachten Person befinden. Denn es scheint hier, daß er nicht so viel auf die Individualität dieser Personen, sondern bloß auf ihr Verhältniß zu ihren Dienstherren Rücksicht genommen habe. — Hat der Erblasser seinen eigenen Dienstbothen ohne näherer Bezeichnung ein Legat hinterlassen, so ist sich dabey zwar die Vorschrift des §. 683 vor Augen zu halten, jedoch steht kein Hinderniß entgegen, daß auch der gegenwärtige §. in Anwendung komme. — Hr. Dr. v. Scheidlein ist zwar in der citirten Abhandlung der gegentheiligen Meinung; er sagt, die Vorschrift des gegenwärtigen §. könne eben so wenig auf den Fall, als der Erblasser *seinen* Dienstpersonen, als auf den Fall, als er *seinen* Verwandten ein Legat hinterlassen hat, angewendet werden, sondern sey nur von dem Falle zu verstehen, als er

entweder für Dienstpersonen überhaupt, z. B. für arme Dienstbothen, oder für Dienstpersonen eines Ortes, ein Vermächtniß ausgesetzt hat. — Allein der Grund, warum hinsichtlich der Verwandten dem gegenwärtigen §. eine einschränkende Auslegung zu geben war, bestand darin, weil sonst der gegenwärtige §. mit dem §. 682 im offenbaren Widerspruche gestanden wäre, welcher Grund in Ansehung der Dienstbothen nicht vorhanden ist. Es ist daher auch nicht abzusehen, warum hier nicht beyde §§. 651 u. 683 in Anwendung kommen sollen.

4) Da das Armen-Institut wie jede andere öffentliche Armen-Anstalt zu betrachten ist, so haben alle dem Armen-Institute bestimmt vermachten Legate demselben allein zu verbleiben. Dagegen ist sich an die im Jahre 1754, dann unterm 1. July 1769 in Absicht auf die frommen Vermächtnisse ergangenen Normal-Verordnungen streng zu halten, in deren Folge alle jene Legate, die ohne alle Bestimmung auf Arme überhaupt vermacht werden, zur Hälfte zum Invaliden-Fond einzufließen haben [1]).

5) Unbestimmte, der Geistlichkeit auf fromme Werke legirte Summen sind in Fällen, wo dieselben zur Rettung und Ruhe der Seele des Erblassers überhaupt, und nur im Allgemeinen bestimmt sind, simpliciter, der Betrag bestehe worin er wolle, der Absicht des Erblassers gemäß sogleich auszufolgen, und ist sich von den Legataren über die geschehene fromme Verwendung bey der betreffenden Behörde gehörig auszuweisen. In allen anderen Fällen aber, wo dergleichen fromme Vermächtnisse diese Bestimmung nicht haben, und unbestimmt sind, ist der ganze Betrag von Seite der Legatare fruchtbringend anzulegen [2]).

§. 652.

Substitutionen bey Vermächtnissen.

Der Erblasser kann bey einem Vermächtnisse eine gemeine oder fideicommissarische Substitution an-

1) Hofdecret vom 22. December 1788; J. G. S. Nr. 933.

2) Hofdecret vom 1. März 1809; J. G. S. Nr. 885.

ordnen; dabey sind die im vorigen Hauptstücke gegebenen Vorschriften anzuwenden.

1) Eben so, wie dem Erben, kann auch dem Legatar auf eine gemeine Art substituirt werden, z. B. ich vermache dem A meine goldene Repetiruhr, wenn er selbe aber nicht annehmen will (oder kann), soll selbe der B haben; oder ich vermache dem A ein Drittheil, dem B zwey Drittheile meines Hauses, und substituire sie auch wechselseitig (§. 689). Auf diese Substitutionen sind die obigen Vorschriften (§§. 604 — 607, 614 u. 615) anzuwenden.

2) Es kann aber bey diesen Vermächtnissen auch eine fideicommissarische Substitution angeordnet werden, wenn z. B. der Erblasser anordnet: ich vermache dem A mein Haus, allein nach seinem Tode (oder nach zehn Jahren) soll es dem B zufallen. Hier treten die obigen Vorschriften (§§. 608 — 615) ein.

§. 653.

Gegenstände eines Vermächtnisses.

Alles, was im gemeinen Verkehre steht: Sachen, Rechte, Arbeiten und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden.

§. 654.

Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehre stehen, die aber der Legatar zu besitzen für seine Person unfähig ist, so wird ihm der ordentliche Werth vergütet.

1) Sachen, die im allgemeinen Verkehre aller Menschen stehen, können von jedem fähigen Erblasser jedem erbfähigen Legatare vermacht werden. Sachen, die vermög ihrer Natur, oder vermöge positiver Staatsgesetze dem Verkehre gänzlich entzogen sind, kann oder darf der Beschwerte dem Legatare in Natur nicht leisten, und er ist ihm auch den Werth dafür um so weniger zu ersetzen schuldig, als dergleichen Sachen nach §. 303 gar keiner Werthsbestimmung unterliegen. War die Sache schon zur Zeit

des gemachten Vermächtnisses dem Verkehre entzogen, so hat der Erblasser gleich eine unmögliche Leistung versprochen, und es kann sohin ein solches Vermächtniß schon in dieser Hinsicht nicht als gültig angesehen werden; ist sie aber erst nach der Hand dem Verkehre entzogen worden, so ist dieses ein Zufall, der dem Legatar zu Schaden geht, und der Erbe kann zu keinem Schadenersatze verhalten werden.

2) Es gibt aber Sachen, von deren Besitze nur gewisse Classen von Personen ausgeschlossen sind. Ist nun der Legatar von der Besitzfähigkeit ausgeschlossen, so würde sich der Erbe gegen die Absicht des Erblassers bereichern, wenn er sich die legirte Sache ohne Vergütung des Werthes derselben aneignete. — Darum verordnet hier das Gesetz, daß dem Legatar der ordentliche Werth vergütet werden müsse. Wäre auch der Erbe unfähig, die Sache in Besitz zu nehmen, so wäre sie öffentlich zu versteigern, und dem Legatar, nach Abzug der Kosten, der eingegangene Kaufschilling hinaus zu bezahlen. Die Besitzunfähigkeit des Erblassers, welcher die Sache dem Legatare zu kaufen anordnet, oder des Erben und Beschwerten, macht, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, in der Verbindlichkeit, dem besitzfähigen Legatare die Sache zu leisten, keine Aenderung, weil ihm der Besitz durch Ankauf in seinem Nahmen verschafft werden kann.

§. 655.

Allgemeine Auslegungsregeln bey Vermächtnissen.

Worte werden auch bey Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder daß das Vermächtniß sonst ohne Wirkung wäre.

1) Die bey Erläuterung des §. 6 für die Auslegung eines Gesetzes angegebenen Regeln sind im Allgemeinen auch bey Vermächtnissen anwendbar, da sie aus der Natur der Auslegung selbst abgeleitet worden sind. Es müssen auch bey Vermächtnissen der Regel nach die Worte in der gewöhnlichen Bedeutung, d. i. in

dem Sinne genommen werden, in welchem man sie zu der Zeit und an dem Orte, wo der letzte Wille errichtet worden ist, zu gebrauchen und zu verstehen pflegte. Diese Regel gilt besonders in Ansehung des Maßes, Gewichtes und der Geldsorten, wobey insbesonders zu bemerken kommt, daß bey dem Legate einer bestimmten Summe Geldes, wobey keine ausdrückliche Erwähnung von der Währung geschehen ist, in der sie entrichtet werden soll, in denjenigen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates, wo im Jahre 1811 das Finanzpatent in Wirksamkeit gesetzt worden ist, die Wiener-Währung stillschweigend darunter zu verstehen ist.

2) So wie aber diese Regel bey Auslegung eines Gesetzes in dem Falle eine Ausnahme leidet, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber in der bestimmten Gesetzesstelle den gebrauchten Ausdruck in einem von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche abweichenden Verstande genommen habe, so ist dieses auch bey den Vermächtnissen der Fall. Es ist hier auch ganz vorzüglich auf die Stufe der Bildung Rücksicht zu nehmen, auf die sich der Erblasser, besonders wenn er die letzte Anordnung selbst schrieb, befunden hat; je niedriger dieselbe ist, desto mannigfaltiger werden die Abweichungen in seinen Ausdrücken von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche seyn. — Denn immer ist sich der Grundsatz genau vor Augen zu halten, daß der Wille des Erblassers genau befolgt werden solle. Der römische Grundsatz: Verba ambigua naturaliter potius quam civiliter intelligi debent, et interpretationi ejus standum, qui sermonem protulit, ist auch ganz dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches gemäß. Wird in den verschiedenen Provinzen oder Ortschaften des österreichischen Kaiserstaates ein und der nähmliche Ausdruck in verschiedenen Bedeutungen genommen, und der Erblasser hat seine letzte Anordnung auf der bloßen Durchreise durch einen Ort errichtet; so ist auch mehr der Sprachgebrauch desjenigen Ortes, wo der Erblasser domicillirte, als der, wo er seine letzte Anordnung selbst zu Papier brachte, oder mündlich vor Zeugen eröffnete, zu berücksichtigen. — In anderen Fällen kann auch öfters durch Zeugen, oder aus anderen Stellen der nähmlichen Urkunde

selbst, oder aus anderen Schriften des Erblassers der Beweis geliefert werden, daß dieser mit einem bestimmten Ausdrucke einen von der gewöhnlichen Bedeutung abweichenden Verstand verbunden habe. — Kunstausdrücke werden von Sachverständigen bestimmt, wenn man, wie von Zeiller bemerkt, anders voraussetzen kann, daß der Erblasser der Kunstsprache mächtig war.

3) Um den Sinn der einzelnen Worte in einer letzten Anordnung zu bestimmen, muß aber auch auf den Zusammenhang, und zwar nicht nur allein der einzelnen Worte in dem Satze, in welchem sie enthalten sind, sondern auch des ganzen Satzes mit allen vorhergehenden und nachfolgenden Sätzen sorgfältiger Bedacht genommen werden. Wird auf diese Art und Weise die Bedeutung des gebrauchten Ausdruckes deutlich bestimmt, nähmlich dergestalt, daß eine andere Bedeutung in den Zusammenhang nicht passen würde, so muß auch diese angenommen werden, wenn auch die Disposition auf diese Art unklug und unvernünftig schiene, oder aus keiner bekannten Triebfeder sich erklären ließe.

4) Erst, wenn die grammatische Wortauslegung schlechterdings nicht hinreicht, um aus selber die Bedeutung eines Ausdruckes so zu bestimmen, daß aus den Regeln der grammatischen Auslegung selbst keine Zweifelsgründe gegen die Bedeutung erhoben werden können, ist es erlaubt, auf die klare Absicht des Erblassers, welche entweder aus der Anordnung selbst, in welcher der zweifelhafte Ausdruck erscheinet, oder aus anderen Dispositionen des Erblassers, besonders aus den Aufsätzen, auf die er sich selbst beruft (§. 582), oder aus erweisbaren mündlichen Aeußerungen hervorleuchtet, entnommen werden kann, unsere Zuflucht zu nehmen, und hiernach die eigentliche Bedeutung des Ausdruckes zu bestimmen. Zu bloßen Vermuthungen kann aber, meines Erachtens, nur dann die Zuflucht genommen werden, wenn, ohne eine bestimmte Bedeutung anzunehmen, das ganze Vermächtniß wirkungslos bleiben würde. — Wenn z. B. der Erblasser anordnete: meinem Neffen vermache ich 1000 fl., — und er hätte deren zwey, so hätten, nach meiner Ansicht, beyde Neffen auf das Vermächtniß Anspruch, wenn auch erwiesen werden könn-

te, daß er nur Einem aus diesen Beyden besonders zugethan war, indem es ja eben möglich wäre, daß er diesen Neffen, welcher seine Gunst im besonderen Grade genoß, schon bey Lebzeiten mit so vielen Wohlthaten überhäufte, daß er sich gerade dadurch veranlaßt sah, seinem anderen Neffen wenigstens nach seinem Tode Etwas zukommen zu lassen. — Leuchtet die Absicht des Erblassers, welchem aus den beyden Neffen er begünstigen wollte, nicht klar hervor, so wäre es wohl bedenklich, aus einer bloßen menschlichen Vermuthung einen aus den beyden Neffen von dem Vermächtnisse ganz auszuschließen. Würde er aber z. B. sagen: meinem Neffen vermache ich mein Portrait zum Angedenken, so würde der Zweck des Vermächtnisses verloren gehen, wenn man beyde Neffen als Eigenthümer desselben erklären wollte; hier würde also nichts erübrigen, als die Vermuthung der größeren Liebe und Anhänglichkeit in Anwendung zu bringen.

5) Könnte nicht erwiesen werden, daß der Erblasser mit einem bestimmten Ausdrucke einen ihm eigenthümlichen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist, und leitet auch die Verbindung der Worte unter sich in ihrem Zusammenhange auf keine andere Bedeutung, so darf nur dann von der gewöhnlichen Bedeutung abgewichen werden, wenn sich zeigen würde, daß das Vermächtniß ohne Wirkung wäre, wenn der Ausdruck in der gewöhnlichen Bedeutung genommen würde. Wenn z. B. der Erblasser seinen Verwandten ein Legat aussetzen würde, — so hätten die mit ihm verschwägerten Personen darauf keinen Anspruch, — wären aber gar keine Verwandten des Erblassers bekannt, und bliebe sohin das Vermächtniß ohne Wirkung, so könnten allerdings die mit ihm Verschwägerten hierauf Anspruch machen; weil man im gemeinen Leben auch öfters die Verschwägerten mit der Benennung „Verwandte" zu bezeichnen pflegt, und daher hier angenommen werden muß, der Erblasser habe diese Personen darunter verstanden.

6) Diese natürlichen Auslegungsregeln sind, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, auf letzte Willens-Erklärungen überhaupt, folglich auch auf Erbes-Einsetzungen anwendbar.

§. 656.

Besondere Vorschriften über das Vermächtniß: a) Von Sachen einer gewissen Gattung.

Hat der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, aber ohne eine nähere Bestimmung vermacht, und sind mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden; so steht dem Erben die Wahl zu. Er muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann. Wird dem Legatar überlassen, Eine von den mehreren Sachen zu nehmen oder zu wählen; so kann er auch die beste wählen.

1) Nachdem das Gesetz im Allgemeinen die Regeln aufgestellt hat, in welcher Bedeutung die Worte bey letzten Willens-Erklärungen genommen werden müssen, geht es nun auf die einzelnen Verfügungen, die am gewöhnlichsten vorkommen, über. Da diese einzelnen Vorschriften als Anordnung eines allgemeinen Grundsatzes auf einzelne Fälle angesehen werden können, so kann die analoge Anwendung derselben auf andere Fälle, und insbesonders auch auf andere Willens-Erklärungen, z. B. bey Verträgen, keinem Anstande unterliegen.

2) Diese besonderen Vorschriften beziehen sich theils auf Objecte der Vermächtnisse, theils auf Subjecte, denen sie hinterlassen werden. Die ersteren sind entweder körperliche oder unkörperliche Sachen, und sind entweder der Gattung nach oder einzeln bestimmt.

3) Wenn der Erblasser eine Sache von gewisser Gattung ohne nähere Bestimmung der Beschaffenheit vermacht (z. B. eine Uhr, eine Dose, ein Reitpferd u. s. w.), und es finden sich solche Sachen in der Verlassenschaft vor, so wird vor Allem angenommen, daß er sie aus seinem Vorrathe geleistet haben wolle; denn dieses stimmt mit dem §. 535 aufgestellten Begriffe eines Vermächtnisses am vollkommensten überein, der das Vermächtniß als einen Theil der Verlassenschaft selbst bezeichnet.

4) Da die Leistung der Regel nach dem Erben obliegt (§. 649), so steht ihm auch das Recht zu, ein Stück zu dem Ende auszuwählen. Er hat den ihm von dem Erblasser ertheilten Auftrag erfüllt, wenn er dem Legatar die bestimmte Anzahl der ihrer Gattung nach bezeichneten Verlassenschaftsstücke übergibt. Da der Vermächtnißnehmer sein Recht nur von dem Willen des Erblassers ableitet, so müßte er im Falle, als er sich mit den ihm von dem Erben übergebenen Stücken nicht begnügen wollte, darthun, daß ihm vermög dem Willen des Erblassers andere gebühren, was im Falle der Voraussetzung nicht möglich ist. — Jedoch muß angenommen werden, der Erblasser habe dem Legatar doch ein solches Stück zugedacht, von welchem er nach seinem Stande und den übrigen Verhältnissen Gebrauch machen kann. Der Erbe kann ihm daher kein anderes aufdringen. — Setzen wir z. B. den Fall: der Erblasser habe einem Beamten einen Degen legirt; nun befinden sich in der Verlassenschaft Degen für Militärs, dann zu Uniformen der Beamten und zu Staatskleidern. Gewiß ist es nun, daß dem Legatar von Seite des Erben kein Officiers-Degen aufgedrungen werden kann; aber selbst in Bezug auf die übrigen beyden Gattungen scheint der Legatar die Wahl zu haben, je nachdem er nähmlich zur Galla von einem Staatskleide, oder einer Uniform Gebrauch machen will. Hat er aber eine aus diesen beyden Gattungen gewählt, so steht dem Erben die Wahl zu, welchen einzelnen Degen er ihm aus dieser Gattung geben wolle.

5) Erhellet aber aus der Anordnung des Erblassers, daß er dem Legatar die Wahl lassen wolle, so kann letzterer verlangen, daß ihm sämmtliche Stücke von der Gattung vorgezeigt werden; denn diese Verpflichtung geht aus der Natur des dem Legatar eingeräumten Wahlrechtes hervor, das sonst ganz unwirksam gemacht werden könnte. — Der Legatar hat dann das Recht, ganz nach Belieben die ihm zugedachte Anzahl von Stücken zu wählen, und kann ohne Rücksicht auf seine Verhältnisse auch die besten Stücke sich zueignen. Von der einmahl getroffenen Wahl, wodurch die vermachte Sache zu einer bestimmten Sache geworden ist, kann aber der Legatar, wie bereits von Zeiller bemerkt hat, ohne Ein-

willigung des Erben nicht abgehen, und eine andere Sache wählen; es wäre denn, daß ihm nicht alle Wahlstücke getreulich vorgezeigt worden wären, und, wie ich hinzusetze, das neu gewählte Stück unter diesen nicht vorgezeigten begriffen wäre.

6) Würde die Wahl mehreren Legataren, denen die Sache als eine gemeinschaftliche vermacht wird, überlassen, so bemerkt Herr Hofrath von Zeiller, daß, wenn sich diese nicht vereinigen könnten, die in Rücksicht einer Gemeinschaft überhaupt gegebenen Vorschriften der §§. 841 u. 843 zur Anwendung kommen. Obschon diese bloß von der Theilung einer den Theilnehmern bereits zugehörigen bestimmten Sache handeln, unter welche sohin der vorliegende Fall nicht buchstäblich subsummirt werden kann, so scheint sich hier doch allerdings nach der Analogie des §. 841 benommen werden zu müssen.

7) Einen Termin, binnen welchem der Legatar sein Wahlrecht ausüben müsse, hat das Gesetz nicht bestimmt. Doch kann dem Erben sehr viel daran liegen, daß sich der Legatar bald zur Wahl entschließe, weil er sonst in der Verfügung mit den übrigen Verlassenschaftsstücken gleicher Gattung gehemmt ist. Es entsteht nun die Frage, welches Rechtsmittel dem Erben zu Gebothe stehe, wenn der Legatar sich durch längere Zeit zur Wahl nicht entschließt? — Ich glaube, daß der Erbe dann allerdings das Recht habe, das Gericht anzugehen, daß es ihm einen bestimmten Termin zur Abgabe seiner Erklärung festsetze; widrigens der Erbe das Recht zur Auswahl haben solle. — Denn so wie der Legatar das Recht hat, die Uebergabe der einzelnen Verlassenschaftsstücke sogleich zu fordern (§. 685), so muß auch dem Erben das Recht zustehen, auf die Uebernahme derselben von Seite des Legatars zu dringen; denn der Zahlungstag ist der Regel nach für Gläubiger und Schuldner derselbe, und zögert der Gläubiger, die Zahlung nach verstrichener Zahlungsfrist anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn (§. 1419). So lange der Legatar nicht gewählet hat, ist es dem Erben unmöglich gemacht, das Vermächtniß übergeben zu können; es muß aber nach der dem §. 1425 zu Grunde liegenden klaren Absicht des Gesetzgebers ein Mittel geben, wodurch sich der Schuldner von seiner Verbind-

lichkeit losmachen könne; denn dieser §. berechtigt den Schuldner, im Falle sich der Gläubiger in mora accipiendi befindet, die abzutragende Sache bey dem Gerichte zu hinterlegen, oder die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen. Dieses Recht kann er aber nicht in Ausführung bringen, weil er nicht weiß, welche Sache er abzutragen habe. — Der Legatar muß sohin gezwungen werden können, die Sache, welche abzutragen ist, zu bestimmen, und die Sanction für die Erfüllung des dem Legatar zu gebenden Auftrages kann nicht füglich in etwas Anderem bestehen, als daß dem Erben überlassen werde, welche Sache er abtragen wolle; denn der Erbe leistet hiermit das, was ihm der Erblasser aufgetragen hat, und trifft seine Wahl ein Stück, welches der Legatar nicht gewählt haben würde, so muß sich der letztere diese widrige Folge gefallen lassen (§. 1419). Daß der Erbe ein Stück wählen müsse, von welcher der Legatar Gebrauch machen kann, versteht sich von selbst.

§. 657.

Wenn der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht hat, und es finden sich dergleichen gar nicht in der Verlassenschaft; so verliert das Vermächtniß seine Wirkung. Finden sie sich nicht in der verordneten Menge, so muß sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen.

1) Die gegenwärtige Anordnung rechtfertigt sich vollkommen durch den Grundsatz, daß der bestimmt ausgedrückte Wille des Erblassers in Erfüllung gehen soll. Kann er nicht in Erfüllung gehen, so liegt es in der Natur der Sache, daß er wirkungslos sey. — Der §. 558 spricht freylich die Regel aus, daß in allen Fällen, wo der Erblasser sich verrechnet hat, die Theilung auf eine Art vorzunehmen sey, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird. — Nach dieser Regel könnte man ex analogia versucht werden, zu schließen, daß auch hier dem Wil-

len des Erblassers, in so weit es möglich ist, folglich durch Ankauf der legirten Stücke, entsprochen werden müsse. Allein diese beyden gesetzlichen Anordnungen lassen sich in keine Parallele stellen; denn bey dem im §. 558 berührten Falle liegt der Irrthum in der ganzen Anordnung, — man kann also keinen einzelnen Theil derselben weglassen, oder aufrecht erhalten, ohne gegen den deutlich an Tag gelegten Willen des Erblassers anzustoßen. — Im vorliegenden Falle wird sich genau an den ausgedrückten Willen des Erblassers gehalten, und eben daher auch das Vermächtniß als wirkungslos angesehen, wenn gar keine solchen Stücke in der Verlassenschaft sich vorfinden, als der Erblasser ausdrücklich aus seinem Eigenthume legiret hat. — Man kann in einem solchen Falle doch nicht schließen, daß der Erblasser den Erben mit der Anschaffung des Vermächtnisses beschweren wollte, sonst würde er den Beysatz „aus seinem Eigenthume" weggelassen haben. — Eine consequente Folgerung ist, daß, wenn sich die bestimmt aus dem Eigenthume des Erblassers vermachten Sachen nicht in der verordneten Menge vorfinden, sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen müsse; z. B. der Erblasser vermacht dem Legatar die auf seinem Boden liegenden 100 Metzen Korn, und es finden sich nur 60 Metzen vor, so muß er sich damit begnügen.

2) Es können auch Sachen, die zur Zeit der letzten Anordnung noch nicht existiren, vermacht werden, z. B. der Wein, das Getreide, das im künftigen Jahre in meinen Gärten und Feldern wächst, die Ausbeute die aus meinem Bergwerke gewonnen wird. — In dieser Hinsicht bemerkt schon Herr Hofrath von Zeiller, daß gegenwärtige Vorschrift ganz besonders auf solche Fälle Anwendung habe, und daß es sehr viel auf die Ausdrücke ankomme, deren sich der Erblasser bedienet hat, aus welchen auf die Absicht desselben geschlossen werden muß. — Hat daher der Erblasser gesagt: ich vermache dem A 10 Eimer Wein aus meinem Weingarten, oder ich vermache dem A 10 Eimer Wein von demjenigen, welcher in diesem Jahre in meinem Weingarten gezogen wird, oder ich vermache 10 Eimer Wein, die aus dem dießjährigen Gewächse meines Weingartens genommen werden

sollen; so ist anzunehmen, daß das Legat nur aus dem Weinberge des Testators, und zwar von dem Gewächs des genannten Jahres, nicht anderwärts her, geleistet werden solle. Hieße es hingegen: ich vermache u. s. w., welches aus dem dießjährigen Ertrage meines Weingartens genommen werden kann, so müßte man das Gegentheil behaupten [1]).

3) Hat sich der Erblasser solcher Ausdrücke bedient, daß aus diesen seine Absicht nicht mit Zuverlässigkeit entnommen werden kann, so scheint die Vermuthung dafür zu streiten, daß die vermachten Stücke, in wie weit sie sich in der Verlassenschaft nicht vorfinden, von dem Erben herbey geschafft werden müssen, und daher die Vorschrift des folgenden §. eintrete, weil man in einem solchen Falle nicht sagen kann, daß der Erblasser die Sachen ausdrücklich aus seinem Eigenthume vermacht habe.

4) Hat der Erblasser Jemanden eine gewisse Gattung von Sachen ohne Bestimmung der Qualität und Quantität, z. B. seine Kleider, Uhren, Gemählde, Bücher u. s. w. vermacht, so erhält dieser alle dergleichen zur Zeit des Todes in dem Nachlasse vorhandenen Stücke (§. 554), doch mit Ausschluß derjenigen, welche als ein bloßes Zugehör von anderen Stücken zu betrachten sind (§§. 294 — 297 u. 679) [2]).

§. 658.

Vermacht der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthume, und es finden sich dergleichen nicht in der Verlassenschaft; so muß der Erbe sie dem Legatar in einer dessen Stande und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft verschaffen. Das Legat einer Summe Geldes verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sey, oder nicht.

1) Siehe Höpfners Commentar §. 561.

2) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 3.

1) Hat der Erblasser Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthume vermacht, und es befinden sich dergleichen in der Verlaßmasse, so sind sie auch aus selber zu nehmen, und es kann weder der Legatar darauf dringen, daß ihm der Erbe andere Stücke herschaffe, noch ist der Erbe berechtiget, dem Legatar andere Stücke aufzudringen. — Wenn sich aber solche Sachen gar nicht, oder nicht in der verordneten Menge in der Verlassenschaft befinden, so muß der Erbe die abgängigen Stücke aus fremdem Eigenthume herbeyschaffen; wobey auf den Stand und die Bedürfnisse des Legatars Rücksicht zu nehmen ist. Die nähmliche letztere Betrachtung streitet auch für das Vermächtniß einer Summe Geldes. Bey diesem Vermächtnisse ist überhaupt auf den Umstand, ob bares Geld in der Verlaßmasse vorhanden ist, und in welchen Sorten dasselbe bestehe, keine Rücksicht zu nehmen. Vermacht z. B. der Erblasser Jemanden Ein Hundert Gulden C. M., und es wären in der Verlaßmasse nur Ducaten vorhanden, so könnte der Erbe nicht genöthiget werden, dem Legatar diese Hundert Gulden in Ducaten auszuzahlen. Eben so wäre er für den Fall, als der Erblasser ohne Ausdruck der Währung 100 fl. legirt hätte, und in der Verlaßmasse sich nur Conventionsgeld befände, nicht genöthiget, diese Summe in Conventionsmünze zu bezahlen [1]).

2) In dem Falle, als sich zur Zeit der letzten Anordnung wirklich die vermachten Stücke in der verordneten Menge in dem Eigenthume des Erblassers befanden, ist anzunehmen, daß der Erblasser diese Stücke vor Augen gehabt habe. Hat nun der Erblasser späterhin dem Legatar einige davon unentgeldlich überlassen, so bin ich der Meinung, daß der Erbe diese dem Legatar bey Lebzeiten des Erblassers unentgeldlich überlassenen Stücke bey Auszahlung des Vermächtnisses in Rechnung bringen könne. — Denn indem der Erblasser anordnete, daß der Legatar z. B. 10 Eimer Radkersburger Weine vom Jahre 1827 als Vermächtniß erhalten solle, ging sein Wille dahin, daß ihm diese unentgeldlich zukommen sollen. Er wollte aber auch dem Legatar

1) Dieses versteht sich jedoch nur für jene Länder des öst. Kaiserstaates, wo das Finanzpatent vom Jahre 1811 in Wirksamkeit getreten ist.

nicht mehr als diese Anzahl Eimer zutheilen. Uebergibt nun der Erblasser schon bey Lebzeiten dem Legatare einige Eimer von den in seinem Keller sich befindlichen Radkersburger-Weinen vom Jahrgange 1827, so scheint er lediglich den für seinen Todesfall ausgesprochenen Willen noch bey dessen Lebzeiten realisiren zu wollen, und der Erbe ist daher nicht gehalten, nebst der bereits dem Legatare von dem Erblasser bey Lebzeiten gemachten Leistung noch das ganze Vermächtniß auszubezahlen; um so weniger aber in dem Falle, als eben aus Ursache der früheren Leistung nicht mehr die erforderliche Anzahl der legirten Stücke in der Verlassenschaft vorhanden wäre, die abgängigen Stücke durch Ankauf aus fremdem Eigenthume herbey zu schaffen.

§. 659.

Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache aus mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Schlägt sie dieser aus, oder ist er vor getroffener Auswahl gestorben; so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat in Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars. Diese gerichtliche Bestimmung tritt auch in dem Falle ein, daß der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl verstorben ist.

1) Von der einem Dritten gestatteten Auswahl gilt überhaupt das Nähmliche, was von der dem Legatar überlassenen Wahl gesagt worden ist (§. 656 Nr. 4). Das Recht der Auswahl ist, wie von Zeiller bemerkt, als ein höchst persönliches zu betrachten, wobey der Erblasser auf die Kenntnisse und Bescheidenheit des Wählenden Rücksicht genommen hat. — Daß sich sowohl der Erbe als der Legatar mit der von dem Dritten getroffenen Auswahl zufrieden stellen müssen, springt in die Begriffe. Nur in dem Falle, als dieser Dritte nicht einmahl ein solches Stück wählte, wovon der Legatar Gebrauch machen könnte, wäre der letztere berechtigt, auf eine andere Wahl zu dringen (§. 656).

2) Hat der Dritte die Auswahl ausgeschlagen, oder ist er vor derselben gestorben, so ist die Gerichtsbehörde angewiesen, das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars zu bestimmen [1]). Glaubt der Erbe oder Legatar, daß sich die Gerichtsbehörde nicht nach dieser Weisung benommen habe, und bey ihrer Wahl über den Stand und das Bedürfniß des Legatars hinausgegangen seye, so stünde demselben der Recurs an das Appellationsgericht offen.

§. 660.

b) Das Vermächtniß einer bestimmten Sache.

Das Vermächtniß einer bestimmten Sache kann von dem Legatar, wenn es in Einer oder in verschiedenen Anordnungen wiederhohlt wird, nicht zugleich in Natur und dem Werthe nach verlanget werden. Andere Vermächtnisse, ob sie gleich eine Sache der nähmlichen Art, oder den nähmlichen Betrag enthalten, gebühren dem Legatar so oft, als sie wiederhohlt worden sind.

1) Von einem Gattungs-Vermächtnisse (legatum generis) unterscheidet sich das Vermächtniß einer völlig bestimmten Sache (legatum speciei); wobey hier vorausgesetzt wird, daß sie dem Erblasser eigenthümlich gehörte, sonst tritt die Vorschrift über das Vermächtniß einer fremden Sache ein (§. 662). Ein Gattungs-Vermächtniß wird zum Vermächtnisse einer bestimmten Sache durch die Bezeichnung mit individuellen Merkmahlen, oder auch durch den bloßen Umstand, daß der Erblasser nur Ein Stück von der bestimmten Gattung besitzt [2]).

2) Es kann auch eine Gesammtsache legirt werden, und auch dieselbe kann nach Umständen ein legatum generis oder speciei seyn. — Wenn ich sage: ich vermache dem A meine Herde Schafe, so ist dieses das Vermächtniß einer bestimmten Sache.

1) Diese Anordnung hindert nach meiner Ueberzeugung nicht, das Wahlrecht des Legatars selbst auf seinen Erben übergehen zu lassen, was nach römischem Rechte angeordnet ist, und nach österreichischem Rechte gleichfalls Statt findet.

2) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 1.

Diese Gesammtsachen erhalten zuweilen einen Zuwachs, oder leiden einen Abgang. Hat eine Gesammtsache noch bey Lebzeiten des Erblassers einen Zuwachs erhalten, so zieht ohne Zweifel der Legatar den Vortheil. Hat sie hingegen nach des Erblassers Tode vor Antretung der Erbschaft einen Zuwachs erlangt, so hat sie ihn entweder durch sich selbst bekommen, z. B. die Herde ist durch Junge vermehrt worden, oder durch äußerliche Zuflüsse, indem z. B. dem Erblasser von einem Anderen einige Stücke Vieh gleicher Gattung vermacht worden sind, die aber erst nach des ersteren Tode übergeben wurden. Jene Art von Zuwachs gebührt dem Legatar (§§. 405 u. 686), diese dem Erben, da die von Außen hinzugekommene Vermehrung als kein eigentlicher Zuwachs im juridischen Verstande angesehen werden kann. Der Legatar übernimmt ganz natürlich die Gesammtsache in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des eingetretenen Todfalles befindet, und der Erbe ist ihm sohin für die früher geschehene Verminderung nicht verantwortlich, selbst dann nicht, wenn sie in dem Verschulden des Erben gegründet wäre. Wird dem Erben eine Herde Vieh vermacht, und alle Stücke, bis auf ein einziges, sterben, so kann der Legatar doch dieses Eine verlangen, obschon Ein Stück keine Herde ist. Allein, dem eine ganze Herde vermacht ist, sind doch auch alle einzelnen Stücke legirt. — So entscheiden auch die römischen Gesetze; allein wäre Jemanden der bloße Nießbrauch einer Herde vermacht, und alle Stücke bis auf Eines gingen zu Grunde, so kann nach römischem Rechte der Legatar von diesem Einen den Nießbrauch nicht verlangen [1]). Nach österreichischem Rechte ist kein Grund vorhanden, die letztere Bestimmung annehmen zu können.

3) Eine völlig bestimmte einzelne Sache kann nur Einmahl in der Verlassenschaft vorhanden seyn. Hat sie also der Erblasser dem Legatare zu wiederhohlten Mahlen vermacht, so ist, wie von Zeiller bemerkt, zu vermuthen, daß es aus Versehen und Untreue des Gedächtnisses geschehen sey, als daß er ihm erst die Sache in Natur, und dann überdieß auch den Werth derselben vermachen wollte. — Wäre es im Sinne des Erblassers gelegen, dem Legatar nebst der Sache auch noch einen Geldbe-

1) Siehe Hopfners Commentar §. 562.

trag zu verschaffen, so würde er ihm eine Summe, und nicht die Sache wiederhohlt in Natur legiret haben.

4) Bey wiederhohlten Gattungs- und Summen-Vermächtnissen ist nach römischem Rechte zu unterscheiden, ob das Legat in einer oder in mehreren letzten Willens-Erklärungen wiederhohlt worden ist. Im ersten Falle wird vermuthet, der Testator sey zerstreut gewesen, in einem und dem nähmlichen Testamente ein Legat zu wiederhohlen; hier gebührt dem Legatar das Vermachte nur Einmahl, und zwar die geringste Summe. Anders aber verhält es sich, wenn das Legat im Testamente und nachher im Codicille wiederhohlt worden ist; hier streitet die Vermuthung, daß der Testator das Vermächtniß doppelt habe zuwenden wollen [1]). Das österreichische Gesetzbuch weicht nun von dem römischen Rechte darin ab, daß es diesen Unterschied nicht anerkennt, sondern dem Erben die Verbindlichkeit auferlegt, ein Gattungs- und Summen-Vermächtniß so oft zu bezahlen, als es wiederhohlt worden ist. — Wäre es jedoch offenbar, daß der Erblasser nur aus Irrthum ein Legat zweymahl angeordnet habe, so versteht es sich wohl von selbst, daß der Legatar das Legat nicht mehrfach fordern könne.

§. 661.

Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war. Hat er es aber später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt. Wenn er es aber vor dem Erblasser selbst und zwar unentgeldlich erhalten hat, ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten.

1) Der Gesetzgeber entscheidet hier die Frage, was Rechtens sey, wenn eine legirte Sache zur Zeit des Todes des Erblassers ein Eigenthum des Legatars ist. Bey Beantwortung die-

1) Vergl. Voet. Comment. T. II., p. 340, Nr. 34.

ser Frage unterscheidet das Gesetz, ob sie bereits zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Legatars war, oder ob der Legatar sie erst später an sich gebracht habe, so, daß sie zwar nicht zur Zeit der letzten Anordnung, wohl aber bey dem Tode des Erblassers ein Eigenthum des Legatars war.

2) War die legirte Sache schon zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Legatars, so ist das Vermächtniß wirkungslos, nicht aber eigentlich darum, weil es dann ein Legat einer fremden Sache ist, welches in dem nachfolgenden §. als wirkungslos erklärt ist; denn unter Legat einer fremden Sache versteht der folgende §. das Vermächtniß einer solchen Sache, welche weder dem Erblasser noch dem Erben oder Legatare gehöret; — sondern weil der Wille des Erblassers, daß dem Legatar diese bestimmte Sache zukommen soll, bereits zur Zeit der letzten Anordnung in Erfüllung gegangen ist, und daher zum zweyten Mahle nicht mehr in Erfüllung gehen kann, und es der Regel nach (§. 660) nicht zulässig ist, nebst der bestimmten Sache auch noch den Werth derselben zu fordern. Hat der Legatar diese Sache noch vor dem Tode des Erblassers veräußert, so kömmt es darauf an, ob zur Zeit des Todes dieselbe im Besitze eines Dritten, oder des Erben, oder des Erblassers selbst sich befindet. Im ersteren Falle bleibt das Vermächtniß wirkungslos, weil es dann in das Vermächtniß einer fremden Sache (§. 662) überginge. Das Nähmliche wäre Rechtens, wenn sich die Sache in dem Vermögen des Erben befände; denn der Regel nach ist jedes Legat ein Theil der Verlassenschaft selbst (§. 535), als welcher in dem gesetzten Falle die legirte Sache nicht angesehen werden kann. Es redet zwar der folgende §. von dem Vermächtnisse einer dem Erben gehörigen Sache, allein das Gesetz hat in diesem §. offenbar den Fall vor Augen, daß der Erbe bereits zur Zeit der letzten Anordnung im Besitze der Sache sich befindet. War aber die legirte Sache zur Zeit der letztwilligen Anordnung ein Eigenthum des Legatars, so kann selbe als kein Auftrag an den Erben, diese Sache dem Legatar herauszugeben, angesehen werden. Befände sich aber die legirte Sache in dem Nachlasse des Verstorbenen, so fällt der Grund dieser gesetzlichen

Anordnung weg; der Wille des Erblassers, daß diese bestimmte Sache dem Legatar zukommen soll, kann nun in Erfüllung gesetzt werden. Das hier Gesagte wird offenbar durch die Analogie des §. 657 bestätigt, nach welchem in dem Falle, als der Erblasser zur Zeit der letzten Anordnung Sachen von jener Gattung, die er legirt hat, gar nicht im Besitze gehabt hätte, das Vermächtniß doch von Wirksamkeit seyn würde, wenn sich nur zur Zeit des Todes derley Sachen in der Verlassenschaft befänden. Der Wortlaut des gegenwärtigen §. spricht gleichfalls mehr für, als gegen diese Behauptung; denn das Nebenwort „schon," welches der §. enthält, deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber den Fall vor Augen hatte, wo das vermachte Stück zur Zeit des Todes ein Eigenthum des Legatars ist. Dieses zeigt ganz deutlich die gleich nachfolgende Anordnung: „Hat er es später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt." Hier wird doch offenbar vorausgesetzt, daß das vermachte Stück zur Zeit des Todes in dem Eigenthume des Erblassers sich nicht befinde. — Das Gesetzbuch sagt auch nicht, daß ein solches Legat ungültig, sondern nur, daß es wirkungslos sey.

3) Hat der Legatar die legirte Sache erst später an sich gebracht, so kommt es darauf an, von wem und aus welchem Rechtstitel er sie an sich gebracht habe. Hat er selbe von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeldlich erhalten, so ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten; denn der Erblasser hat bereits bey Lebzeiten dasjenige in Erfüllung gebracht, was er früher erst nach seinem Tode zu leisten bezielet hat. Eben deßhalb lebt auch das Vermächtniß nicht wieder auf, wenn auch der Erblasser in der Folge das Eigenthum der legirten Sache auf irgend eine Art wieder überkäme.

4) Hat der Erblasser die Sache bey seinen Lebzeiten an den Legatar gegen Entgeld, oder an einen Dritten auch ohne Entgeld, jedoch freywillig, veräußert, so wird, in so ferne er die Sache nicht wieder zurück erhalten hat, das Legat für widerrufen angesehen (§. 724). Ist aber der Legatar in den eigenthümlichen Besitz der legirten Sache gelangt, ohne daß eine solche freywillige Veräußerung des Erblassers vorausgegangen war,

z. B. er hätte sie in einer im Executionswege angeordneten gerichtlichen Versteigerung unmittelbar selbst, oder späterhin von dem Ersteigerer an sich gebracht, — so muß ihm der Erbe den ordentlichen Werth des Legates heraus bezahlen. Der Werth wird durch die gerichtliche Schätzung erhoben, und es ist dabey der Zeitpunct des Anfalles vor Augen zu halten (§. 684). Auf den Betrag, den der Legatar für die Sache auslegte, kömmt es nicht an, und es ist ihm der ordentliche Werth selbst in dem Falle zu ersetzen, als er die Sache von einem Dritten als Geschenk bekommen hätte.

§. 662.

c) Einer fremden Sache.

Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser noch dem Erben oder Legatare, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos. Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache, so ist das Vermächtniß nur von diesem Anspruche oder Antheile zu verstehen. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigenthümer dagegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will; so ist dem Legatar dieser Werth zu entrichten.

1) Nach dem gemeinen Rechte ist das Legat einer fremden Sache, die weder dem Erben noch dem Legatare gehört, welcher sie um seines Legates willen einem Dritten leisten soll, von welchem Rechtsverhältnisse §. 549 u. 550 gehandelt worden ist, dann gültig, wenn der Erblasser gewußt hat, daß sie eine fremde Sache sey. — Daß er es aber gewußt habe, hätte der Legatar zu beweisen. — Da dieser Beweis gewöhnlich nur aus Vermuthun-

gen geführt werden kann, so war dadurch vielen dunklen Streitigkeiten freyer Spielraum gelassen. Dieses bewog die österreichische Gesetzgebung, das Legat einer fremden Sache überhaupt für wirkungslos zu erklären, dafern der Erblasser nicht ausdrücklich verordnet hat, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft und dem Legatare geleistet werden soll.

2) Hatte der Erblasser einen Antheil an der legirten Sache, oder einen bloßen Anspruch hierauf, so ist das Vermächtniß nur in Bezug auf diesen Antheil oder Anspruch von Wirksamkeit; und der Legatar übernimmt den Anspruch so, wie er sich in der Verlassenschaft findet. Setzen wir z. B. den Fall, der Erblasser hatte ein Haus gekauft, wurde aber, weil er das letzte Ratum des Kaufschillings nicht bezahlt hat, noch nicht als Eigenthümer in dem öffentlichen Buche angeschrieben. Nun legirt der Erblasser dieses Haus dem A, dieser wird sohin in das Recht des Erblassers, das Eigenthum des Hauses zu erwerben, aber auch in die damit verbundene Verpflichtung, den noch rückständigen Kaufschilling zu bezahlen, eintreten. — Dieses Nähmliche ist Rechtens, wenn der Erblasser eine fremde Sache vermacht, an welcher dem Erben oder Legatare ein Antheil oder Anspruch zusteht.

3) Ist die vermachte Sache verpfändet, oder mit anderen z. B. Servituten bebürdet, so übernimmt der Empfänger die darauf haftenden Lasten. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Gesetzesstelle sind ganz entgegengesetzte Ansichten zur Sprache gekommen. — Einige legen diese Worte dahin aus, als wenn der gegenwärtige §. den Vermächtnißnehmer verpflichtete, alle jene Schulden, wofür die legirte Sache verpfändet ist, selbst dann zur Zahlung zu übernehmen, wenn auch diese Sache zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger nicht hinreichte; Andere dagegen sagen, daß der gegenwärtige §. nichts Anderes anordne, als daß derjenige, welchem an der legirten Sache ein dingliches Recht zusteht, dieses Recht ungeachtet des veränderten Besitzers gegen den neuen Besitzer der Sache auszuüben berechtigt sey, woraus auf eine persönliche Verpflichtung des neuen Besitzers gegen den dinglich Berechtigten nicht geschlossen werden könne [1]). Gegen

1) Siehe Wagner'sche Zeitschrift Jahrg. 1830., XI. Heft, N. B. S. 435 u. 491.

die erstere Ansicht habe ich mich bereits bey Erläuterung des §. 443 ausgesprochen, worauf ich mich daher auch hier lediglich berufe. — Die letztere Ansicht halte ich nur in so ferne für unrichtig, als dadurch behauptet werden wollte, daß der Vermächtnißnehmer in kein anderes Rechtsverhältniß eintrete, als jeder, der eine verpfändete Sache an sich bringt. — Denn wäre dieses der Fall, dann hätte es dieser ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung gar nicht nöthig gehabt; indem es sich wohl von selbst versteht, daß der Erblasser durch seine einseitige Verfügung die erworbenen Pfandrechte der Gläubiger nicht beirren konnte. — Offenbar geht die Absicht des Gesetzgebers dahin, zu bestimmen, daß der Legatar die auf der legirten Sache haftenden Forderungen in so weit zu berichtigen verpflichtet sey, als die Sache dazu hinreichet. — Dem Gläubiger steht zwar frey, sich in Ansehung seiner Forderung entweder unmittelbar an den Erben zu halten, und erst sein gegen den Erblasser ihm zustehendes persönliches Recht in Ausführung zu bringen, oder sich gleich an den Inhaber der verpfändeten Sache zu wenden, und aus selber seine Befriedigung zu verlangen. — Wählt er dieses letztere, so ist der Erbe so wenig als ein Geschenkgeber zur Gewährleistung verpflichtet, — fordert er aber von dem Erben seine Befriedigung, so kann dieser verlangen, daß der Legatar, die legirte Sache zur Befriedigung des Gläubigers verwende [1]).

4) Hat der Erblasser ausdrücklich angeordnet, daß eine bestimmte Sache gekauft und dem Legatar geleistet werden soll, — so ist dieser Auftrag auch in Erfüllung zu bringen. — Weil es aber leicht geschehen kann, daß dem Eigenthümer die Sache gar nicht feil ist, oder daß er, eben weil er in Erfahrung brachte, daß der Erbe oder Legatar die Sache zu kaufen bemüssiget ist, seine Forderung übertreibe; so ordnet das Gesetz an, daß im Falle der Eigenthümer die Sache um den Schätzungspreis nicht veräußern will, sich der Legatar mit dem Schätzungswerthe begnügen müsse. — In einem solchen Falle wird sohin der Eigenthümer verpflichtet werden können, die Sache zum Behufe der Schätzung vorzuweisen. — Hätte der Erblasser selbst eine be-

1) Siehe meine Erläuterung §. 443., N. 2.

stimmte Summe festgesetzt, welche der Erbe oder Legatar zum Einkaufe der Sache verwenden solle, so hätte es natürlich dabey sein Bewenden, und in diesem Falle wäre sohin, wenn der Eigenthümer sich nicht herbey lassen wollte, seine Sache um diesen Preis herzugeben, dieser bestimmte Preis dem Legatar zu vergüten.

§. 663.

d) Einer Forderung.

Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat, verpflichtet den Erben, den Schuldschein zurück zu stellen, oder dem Legatar die Befreyung von der Schuld und den rückständigen Zinsen auszufertigen.

1) Dieses Vermächtniß ist im Grunde nichts anderes, als eine Entsagung oder Erlassung der Schuld. Es benimmt dem Erben nicht nur das Recht, diese Forderung von dem Schuldner und resp. Legatar einzufordern, sondern verpflichtet ihn noch überdieß nach Umständen zur Zurückstellung des Schuldscheines oder Ausfertigung einer Befreyungs-Urkunde. — Ist nähmlich über die Schuld-Forderung ein Schuldschein vorhanden, und die Forderung in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen, so genügt die Rückstellung des Schuldscheines allein; denn durch diese in Verbindung mit der letztwilligen Anordnung, von welcher sich der Legatar einen Auszug verschaffen kann, ist derselbe vor jeder weiteren wirksamen Anforderung hinreichend gesichert. — Ist aber kein Schuldschein vorhanden, so ist der Erbe verbunden, dem Legatar eine Urkunde des Inhalts auszufertigen, daß ihm in Folge der letztwilligen Anordnung die Schuld sowohl an Capital als rückständigen Interessen erlassen sey. Zur Ausstellung einer solchen Urkunde ist er auch dann rechtlich verpflichtet, wenn die Forderung in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, — weil der Legatar durch die bloße Zurückstellung des Schuldscheines nicht in die Lage gesetzt ist, die Löschung aus den öffentlichen Büchern zu erwirken.

2) So lange Gefahr obwaltet, daß nicht alle Vermächtnisse aus der Verlassenschaft befriedigt werden können, kann auch

der Erbe zur Zurückstellung des Schuldscheines oder Ausfertigung der Befreyungs-Urkunde nicht verhalten werden; denn würde die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureichen, so müßte sich im vorliegenden Falle auch dieser Legatar einen Abzug gefallen lassen, der sohin darin bestände, daß er nur zum Theile von seiner Schuld befreyet würde. — In diesem Falle könnte der Erbe auch nicht zur Zurückstellung des Schuldscheines, wohl aber dazu angehalten werden, daß auf dem Schuldscheine ausdrücklich angemerkt werde, für welchen Betrag derselbe noch von Gültigkeit sey (§. 692).

3) Ertheilt der Erblasser dem Erben den Auftrag, seinem Schuldner den Schuldschein zurückzustellen, so ist dieser Auftrag gleichfalls als das Vermächtniß der Forderung, von welchem im gegenwärtigen §. gehandelt wird, anzusehen, und sich nach den hier entwickelten Grundsätzen zu benehmen. Ein Gleiches wäre der Fall, wenn der Erblasser Jemanden eine Forderung vermacht hätte, die der Erbe selbst an den Legatar zu stellen hat. Hat der Erblasser Jemanden eine Forderung vermacht, die dieser an einen anderen Legatar schuldet, so tritt der §. 650 in Anwendung. Das Vermächtniß einer Forderung, die ein Dritter, der weder Erbe noch Legatar ist, an den Legatar zu machen hat, ist eben so, wie das Vermächtniß einer fremden Sache, wirkungslos (§. 662). Gebührt dem Erblasser, Erben oder Legatare ein Antheil oder Anspruch an der Forderung, so ist das Vermächtniß nur von diesem Anspruche oder Antheile zu verstehen. Wäre die Forderung, welche der Erblasser oder der Erbe an den Legatar zu machen hat, für andere Passivschulden des Erblassers oder des Erben verpfändet, so hätte der Legatar diese Lasten auf sich zu nehmen.

§. 664.

Vermacht der Erblasser Jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu stellen hat, so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatare überlassen.

1) Das Vermächtniß einer Forderung des Erblassers an einen Dritten ist, wie von Zeiller schon bemerkte, eine Art der unentgeldlichen Cession. — Aus der Anordnung, daß der Erbe die Forderung sammt rückständigen und laufenden Zinsen dem Legatare überlassen muß, folgt auch, daß er ihm die auf diese Forderung sich ausschließend beziehenden Urkunden einhändigen müsse; denn sie sind als Zugehör derselben zu betrachten, weil der Legatar ohne dieselben den ihm von dem Erblasser zugedachten Gebrauch der Forderung nicht machen kann (§. 294). Unter diese Urkunden gehört besonders der Schuldschein, welcher dem Erblasser von dem Schuldner ausgestellt worden ist; denn durch die Einhändigung desselben an den Legatar wird eigentlich die Uebergabe der Schuldforderung vollzogen (§. 427). Nebst dem muß aber der Erbe dem Legatar auch eine besondere Cessions-Urkunde ausfertigen, nicht deßwegen, weil dieselbe zur Uebergabe der Forderung selbst nothwendig ist, sondern weil der Legatar in die Lage gesetzt werden muß, sich wegen Ueberkommung der Forderung gehörig ausweisen zu können. Dieses wäre um so nothwendiger, wenn die Forderung intabulirt wäre, weil in diesem Falle die vollständige Uebergabe der Forderung nur durch die bücherliche Einverleibung geschieht, und diese ohne Vorhandenseyn einer einverleibungsfähigen Urkunde nicht vor sich gehen kann.

2) Der Erbe haftet der Regel nach weder für die Richtigkeit noch für die Einbringlichkeit der Forderung. Hätte aber der Erblasser dem Legatar dieser Forderung wegen mit einem weiteren Vermächtnisse bebürdet, so würde, da der Legatare in diesem Falle die Forderung nicht unentgeldlich bekömmt, der Erbe allerdings sowohl für die Richtigkeit als Einbringlichkeit der Forderung jedoch nie für mehr haften müssen, als das dem Legatar aufgebürdete weitere Vermächtniß beträgt (§. 1397).

§. 665.

Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte, oder von dem Legatar ausgewie-

sene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß. Den gefährdeten Gläubigern des Erblassers aber kann dessen Anerkennung nicht zum Nachtheile gereichen.

1) Wenn der Erblasser seinem Gläubiger die Schuldforderung legiret, die letzterer zu stellen hat, so muß dessen Absicht offenbar dahin gehen, seinem Gläubiger dadurch einen Vortheil zu verschaffen. — Dieser Vortheil kann nun entweder darin bestehen, daß der Gläubiger dadurch eines weiteren Beweises befreyt wird, oder daß er dadurch der lästigen Bedingungen, mit denen sein Forderungsrecht verknüpft ist, frey und ledig werden sollte. — Denn wie sollte es sich sonst vernünftiger Weise erklären lassen, daß Jemand eine Sache ausdrücklich durch eine nur für den Todfall gültige Verordnung überträgt, die derselbe ohnehin bey dessen Lebzeiten heraus zu geben schuldig war. Die Folge dieser Betrachtung ist demnach: a) daß der Erbe die Schuld als richtig anerkennen muß, wenn auch die in der Verlassenschaft sich vorfindenden Urkunden oder andere entdeckte Beweismittel nicht hinreichend wären, um die Forderung als richtig zu erweisen, — b) daß die Bedingungen hinwegfallen, unter welchen Jemanden das Forderungsrecht zugesichert worden ist, und c) daß die Schuld längstens binnen einem Jahre, vom Tode des Erblassers, an bezahlt werden müsse, wenn auch in der Schuldurkunde ein längerer Zeitraum bestimmt worden wäre. — Umgekehrt, wenn nähmlich bey Contrahirung der Schuld ein kürzerer Zahlungstermin festgesetzt worden wäre, versteht es sich wohl von selbst, daß durch die einseitige Verfügung des Schuldners hierin keine Abänderung gemacht werden könne. — Eben so ist im ersten Falle der Gläubiger nur berechtiget, die Bezahlung von dem Erben nach Verlauf eines Jahres zu fordern; aufgedrungen könnte ihm aber die Zahlung von dem Erben vor Ablauf des ursprünglich festgesetzten Termines nicht werden.

2) Aus der Anordnung des Gesetzes, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte Schuld anerkennen müsse, folgt, daß der Erbe keine Einwendung der ursprünglichen Ungültigkeit, der Bewucherung u. s. w., entgegen setzen kann. — Denn dem Erblasser steht es ja frey, dem Erben auch ohne Rücksicht auf die mindeste Verpflichtung des Legatars mit einem Vermächtnisse zu beschweren; um so mehr kann letzterer von dem Erblasser verhalten werden, eine Verpflichtung, welcher sich der Erblasser allerdings auf rechtlichem Wege hätte entziehen können, ganz unbedingt als richtig anzuerkennen. — Allein dieser Grund ist bloß auf den Erben, nicht auch auf die Gläubiger des Erblassers anwendbar, welche im Falle eines über die Verlassenschaft des Erblassers ausgebrochenen Concurses, ohne Rücksicht auf die in der letztwilligen Anordnung ausgesprochene Anerkennung der Schuld, alle jene Einwendungen gegen dieselbe anzubringen berechtiget wären, welche der Erblasser selbst dem fordernden Gläubiger hätte entgegensetzen können.

3) Das Vermächtniß oder Geständniß einer ganz unbestimmten Schuld kann keine Wirkung haben, in so lange der Betrag nicht bekannt ist. — Er wird aber bekannt entweder durch die Bestimmung des Erblassers, oder durch die Ausweisung des Legatars über den Betrag mittelst Urkunden oder Zeugen. Setzen wir z. B. der Fall: der Erblasser A hätte angeordnet: Ich vermache dem B, was ich ihm schuldig bin. Nun wäre der B auszuweisen im Stande, daß ihm der A unlängst in einem Spiele 50 Ducaten schuldig geblieben sey; es wäre somit auch anzunehmen, daß der Erblasser diese Schuld gemeint habe, und der Erbe hätte sie sohin an den Legatar zu bezahlen, ungeachtet diese Schuld von dem A nicht hätte gerichtlich eingetrieben werden können.

§. 666.

Die Erlassung der Schuld ist nur von den gegenwärtigen, nicht auch von den erst nach dem errichteten Vermächtnisse entstandenen Schulden zu verstehen. Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht, oder die Bürgschaft erlassen, so

so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sey. Werden die Zahlungsfristen verlängert, so müssen doch die Zinsen fort bezahlet werden.

1) Bey Verfassung des §. 663 hatte der höchste Gesetzgeber offenbar den Fall vor Augen, wo der Erblasser die Schuldforderung bezeichnet, die er dem Legatar nachzulassen erkläret. Der Erblasser kann aber seinem Schuldner alle Forderungen nachsehen; in diesem Falle können jedoch, was aus der Natur der Sache folgt, nur jene Schulden als erlassen angesehen werden, welche bereits schon zur Zeit des gemachten Vermächtnisses bestanden haben. — Eine gleichfalls in der Natur der Sache gegründete Ausnahme wäre es jedoch, wenn der Erblasser ausdrücklich auch die nachfolgenden Schulden darunter begriffen hätte, indem er z. B. sagte: Ich erlasse dem A alles, was er mir zur Zeit meines Todes schuldig seyn wird.

2) Ferner kann das Vermächtniß einer Schulderlassung, so wie jedes Vermächtniß überhaupt, nicht über die klaren Worte des Erblassers ausgedehnt werden. Das Pfandrecht und das Recht wider den Bürgen ist von dem Rechte der Hauptforderung (§§. 449 u. 1346), so wie eine Fristverlängerung von der Zinsenerlassung, ganz verschieden; es kann also von der Nachsicht in Ansehung dieser Rechte kein Schluß auf die Nachsicht des anderen Rechtes gezogen werden.

§. 667.

Wenn der Erblasser einer Person eine bestimmte Summe schuldig ist, und ihr eine gleiche Summe vermacht, so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt, ein Mahl als Schuld und dann als Vermächtniß.

Bey dem Vermächtnisse einer Summe, die dem Betrage der Schuld nicht gleich kömmt, kann wohl nicht der geringste Zweifel

entstehen, daß der Erbe in diesem Falle die Schuld und das Vermächtniß insbesondere berichtigen müsse. Kömmt aber die vermachte Summe dem Betrage der Schuld ganz gleich, so könnte man versucht werden, anzunehmen, daß der Erblasser die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. — Allein das Zusammentreffen gleicher Summen ist der Regel nach als zufällig zu betrachten, — und daher erkläret das Gesetz hier eine solche Vermuthung als unzulässig. Uebrigens können besondere Umstände eintreten, welche eine solche Vermuthung rechtfertigen. Setzen wir z. B. den Fall: der Erblasser sey dem Legatare aus einer widerrechtlichen Handlung etwas schuldig geworden, ohne daß letzterer hiervon selbst eine Wissenschaft hatte. Der Erblasser, durch sein Gewissen zur Restitution angetrieben, vermacht nun dem Beschädigten eine bestimmte Summe Geldes. — Nun wird später diese widerrechtliche Beschädigung entdeckt; in diesem Falle könnte der Erbe allerdings die Vermuthung geltend machen, daß der Erblasser durch die legirte Summe lediglich die Entschädigung leisten wollte. Dieses gilt auch von anderen ähnlichen Vermuthungen (§. 683).

§. 668.

Unter dem Vermächtnisse aller ausstehenden Forderungen sind doch weder die Forderungen aus öffentlichen Creditspapieren, noch auch die auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, oder die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen begriffen.

1) Man beschränkt in der Rechtssprache, wie von Zeiller bemerkt, das Wort: „Forderungen" (obligationes) gewöhnlich auf die persönlichen Sachenrechte, und unterscheidet sie von dinglichen Rechten und Klagen (vindicationes). Auch die Sprache des gemeinen Lebens stimmt damit überein, damit mit dem Begriffe des Rechtes einer Forderung auf der einen Seite, der Begriff der Verpflichtung zu einer positiven Leistung auf der anderen Seite, in Verbindung gesetzt wird, und dingliche Rechte und Klagen als solche nur auf Unterlassung der dem dinglichen Rechte ent-

gegen strebenden Handlungen gerichtet sind. Ganz richtig bemerkt Herr Hofrath von Zeiller, daß es, wie ich dem A meine Forderungen vermache, Niemanden beyfallen werde, daß ihm auch der Antheil, der mir an einem Hause gebührt, oder das Grundstück, das ich dem unrechtmäßigen Besitzer abzufordern berechtiget bin, oder daß ihm ein Servituts-Recht in einem fremden Grunde zufallen soll. Darum sagt hier das Gesetz, daß die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen unter dem Ausdrucke: „ausstehende Forderungen" nicht begriffen seyen.

2) Aber nicht nur die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen, sondern auch die Forderungen aus öffentlichen Creditspapieren, und die auf einem unbeweglichen Güte haftenden Capitalien scheidet das Gesetz hier aus, weil auch im gemeinen Leben diese Forderungen mit den übrigen sogenannten laufenden Forderungen, die man nach der Verfallszeit zum weiteren Verkehr einzutreiben pflegt, nicht in eine Classe zu werfen pflegt.

3) Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare, daß selbst von den eigentlichen Forderungen nur diejenigen verstanden werden, die schon zur Zeit des Vermächtnisses bestanden sind. — Allein diese Behauptung scheint mir so ausgemacht nicht, und ich bin nicht im Stande, die Rechtfertigung derselben aus dem bezogenen §. 664 zu entnehmen. — Vielmehr neigt sich meine Ueberzeugung zur entgegengesetzten Seite; denn der Regel nach ist doch immer anzunehmen, daß der Erblasser den Willen habe, solche Sachen zu vermachen, welche sich in seiner Verlassenschaftsmasse befinden, und daß er daher auch unter dem Vermächtnisse der ausstehenden Forderungen diejenigen verstehe, welche sich zur Zeit seines Todes vorfinden. — Zur analogen Unterstützung dieser Behauptung dienen die §§. 656 — 658, nach welchem jene Sachen als legirt anzusehen sind, welche sich zur Zeit des Todfalles in der Verlassenschaft befinden. — Hat z. B. der Erblasser dem Legatare ein Pferd aus seinem Eigenthume vermacht, und dem letzteren die Wahl überlassen, so kann dieser nach §. 656 auch das beste Pferd wählen, welches in der Verlassenschaft vorhanden ist, ohne Unterschied, ob dasselbe schon zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Erblassers gewesen ist,

oder er sich dasselbe erst späterhin angeschafft hat. — So wie also in diesen §§. nur auf jene Stücke Rücksicht genommen wird, welche sich in der Verlassenschaft vorfinden, ohne Unterschied, ob sie auch schon zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Erblassers waren oder nicht, so scheint dieses auch in Ansehung der ausstehenden Forderungen zu gelten. — Herr Hofrath v. Zeiller behauptet selbst bey Erläuterung des §. 657, daß, wenn der Erblasser Jemanden eine gewisse Gattung von Sachen unbestimmt, z. B. seine Kleider, Uhren u. s. w., vermacht, der Legatar alle dergleichen zur Zeit des Todes in dem Nachlasse vorhandenen Stücke erhalte; warum soll nicht das Nähmliche in Ansehung der ausstehenden Forderungen gelten?

§. 669.

c) Des Heirathsgutes.

Das Heirathsgut kann vermacht werden, entweder um den Gatten von der Zurückzahlung zu befreyen, oder um den Erben zu verpflichten, daß er der Gattinn die als Heirathsgut zugebrachte Summe oder Sache, ohne Beweis und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten, abführe. Hier gelten die für andere vermachte Forderungen gegebenen Vorschriften.

1) Die Bestimmungen eines vermachten Heirathsgutes hängen von dem Umstande ab, ob es von der Gattinn (§. 1218), oder von einem anderen freywilligen Besteller desselben (§. 1219) dem Ehemanne; oder von dem Ehemanne der Gattinn, oder von einem andern Erblasser einer dritten Person vermacht worden seye. Im ersten Falle ist das Vermächtniß, weil der Mann das Heirathsgut nach aufgehobener Gemeinschaft zurückstellen muß (§§. 1229 u. 1293 — 1296), als eine Erlassung der Schuld zu betrachten, und nach den darüber gegebenen Vorschriften zu beurtheilen (§§. 663 u. 666) [1]).

---

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 1.

Die Erklärung der Absicht, zu welcher ein Legat vermacht wird, verbindet aber den Legatar nur in dem Falle, dasselbe auch dieser Absicht gemäß zu verwenden, wenn sie ihm zur Pflicht gemacht worden ist (§. 711).

3) Ist das Heirathsgut bestimmt, so ist sich ganz natürlich nach dieser Bestimmung zu achten. — Ist es aber unbestimmt, so ist dasselbe in Geld zu berichtigen, und der Betrag wird aus dem Grunde nach den im §. festgesetzten Rücksichten bestimmt, weil anzunehmen ist, daß des Erblassers Wille dahin gehe, daß der Betrag nicht nach seinem eigenen, sondern dem Stande der Vermächtnißnehmerinn, oder, was das Nähmliche ist, nach dem ihres Vaters ausgemessen, folglich ihr ein solcher Betrag gegeben werde, den ein Vater solchen Standes im Durchschnitte, bey mittelmäßigem Vermögen, seiner Tochter, wenn sie kein eigenes Vermögen besäße, zum Heirathsgute auszusetzen pflegt [1]). — Daß hier nur der eheliche Vater verstanden werde, versteht sich wohl von selbst. Ist die Person, welcher das Heirathsgut vermacht wird, von unehelicher Abstammung, so kann die gegenwärtige Vorschrift eben aus diesem Grunde nicht buchstäblich angewendet werden; theils weil uneheliche Kinder von ihrem Vater kein Heirathsgut fordern können (§. 1220), theils weil bey unehelichen Kindern auch der Vater nicht immer bekannt ist. — Allein, da uneheliche Kinder auch die Standesrechte der Mutter nicht genießen (§. 165), so kann man nicht annehmen, daß bey Bestimmung des Heirathsgutes auf den Stand der Mutter Rücksicht genommen werden müsse. Ich glaube daher, daß in einem solchen Falle der Stand in Berücksichtigung gezogen werden müsse, in welchem diese Person ihre Erziehung erhalten hat; weil es doch in der Regel liegt, daß Personen, die in einem gleichen Stande erzogen werden, sich einander ehelichen, und daher auch der Erblasser bey Legirung des Heirathsgutes diesen Stand vor Augen hat.

§. 671.

Vermachen Aeltern den Töchtern ein Heirathsgut, so wird dasselbe, wofern es nicht ausdrücklich

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 1.

als ein Vorausvermächtniß erklärt worden, in dem gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet.

1) Die Verfasser des Gesetzbuches gingen, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, bey Erlassung gegenwärtiger Anordnung von der Ansicht aus, daß Aeltern, vorzüglich auf dem Lande, wenn sie ihre ältere Tochter bereits ausgestattet haben, gewöhnlich ihren noch unverheiratheten Töchtern ein Heirathsgut zu vermachen pflegen, damit eine Gleichheit unter den Kindern beobachtet werde. Da nun ein schon empfangenes Heirathsgut der Einrechnung zum Pflicht- oder Erbtheile unterliegt (§§. 780 u. 790), so hält man es der beabsichtigten Gleichheit gemäß, daß auch das vermachte Heirathsgut der Anrechnung unterliege.

2) Aus diesem Grunde der gegenwärtigen gesetzlichen Vorschrift läßt sich auch der Umfang derselben bestimmen. Tritt die gesetzliche Erbfolge ein, so unterliegt die Anwendung der gegenwärtigen Vorschrift keinem Anstande. — Der gegenwärtige §. dehnt diese Vorschrift jedoch auch auf den Fall der Erbfolge aus einem letzten Willen aus, — und in dieser Hinsicht stellt sich das Bedenken dar, wie sich der gegenwärtige §. mit dem §. 790 in Vereinigung bringen lasse, welcher anordnet, daß die Anrechnung bey der Erbfolge der Kinder aus dem letzten Willen nur dann geschehe, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird. Werden nun in einem solchen Falle die bereits den Kindern im Voraus geleisteten Gaben der Regel nach in den letztwilligen Erbtheil nicht eingerechnet, so würde es ja gerade der beabsichtigten Gleichheit entgegen laufen, wenn demjenigen Kinde, dem ein Heirathsgut bloß vermacht worden ist, dasselbe in den letztwilligen Erbtheil eingerechnet würde. — Um nun diese beyden §§. in Vereinigung zu bringen, glaube ich die vorliegende Anordnung bey einer Erbfolge der Kinder aus dem letzten Willen nur auf den Fall beschränken zu müssen, wenn das Heirathsgut in einem späteren Codicille vermacht worden ist; denn der §. 790 setzt, wie bey Erläuterung desselben näher nachgewiesen

Die Erklärung der Absicht, zu welcher ein Legat vermacht wird, verbindet aber den Legatar nur in dem Falle, dasselbe auch dieser Absicht gemäß zu verwenden, wenn sie ihm zur Pflicht gemacht worden ist (§. 711).

3) Ist das Heirathsgut bestimmt, so ist sich ganz natürlich nach dieser Bestimmung zu achten. — Ist es aber unbestimmt, so ist dasselbe in Geld zu berichtigen, und der Betrag wird aus dem Grunde nach den im §. festgesetzten Rücksichten bestimmt, weil anzunehmen ist, daß des Erblassers Wille dahin gehe, daß der Betrag nicht nach seinem eigenen, sondern dem Stande der Vermächtnißnehmerinn, oder, was das Nähmliche ist, nach dem ihres Vaters ausgemessen, folglich ihr ein solcher Betrag gegeben werde, den ein Vater solchen Standes im Durchschnitte, bey mittelmäßigem Vermögen, seiner Tochter, wenn sie kein eigenes Vermögen besäße, zum Heirathsgute auszusetzen pflegt [1]). — Daß hier nur der eheliche Vater verstanden werde, versteht sich wohl von selbst. Ist die Person, welcher das Heirathsgut vermacht wird, von unehelicher Abstammung, so kann die gegenwärtige Vorschrift eben aus diesem Grunde nicht buchstäblich angewendet werden; theils weil uneheliche Kinder von ihrem Vater kein Heirathsgut fordern können (§. 1220), theils weil bey unehelichen Kindern auch der Vater nicht immer bekannt ist. — Allein, da uneheliche Kinder auch die Standesrechte der Mutter nicht genießen (§. 165), so kann man nicht annehmen, daß bey Bestimmung des Heirathsgutes auf den Stand der Mutter Rücksicht genommen werden müsse. Ich glaube daher, daß in einem solchen Falle der Stand in Berücksichtigung gezogen werden müsse, in welchem diese Person ihre Erziehung erhalten hat; weil es doch in der Regel liegt, daß Personen, die in einem gleichen Stande erzogen werden, sich einander ehelichen, und daher auch der Erblasser bey Legirung des Heirathsgutes diesen Stand vor Augen hat.

§. 671.

Vermachen Aeltern den Töchtern ein Heirathsgut, so wird dasselbe, wofern es nicht ausdrücklich

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 1.

als ein Vorausvermächtniß erklärt worden, in dem gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet.

1) Die Verfasser des Gesetzbuches gingen, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, bey Erlassung gegenwärtiger Anordnung von der Ansicht aus, daß Aeltern, vorzüglich auf dem Lande, wenn sie ihre ältere Tochter bereits ausgestattet haben, gewöhnlich ihren noch unverheiratheten Töchtern ein Heirathsgut zu vermachen pflegen, damit eine Gleichheit unter den Kindern beobachtet werde. Da nun ein schon empfangenes Heirathsgut der Einrechnung zum Pflicht- oder Erbtheile unterliegt (§§. 780 u. 790), so hält man es der beabsichtigten Gleichheit gemäß, daß auch das vermachte Heirathsgut der Anrechnung unterliege.

2) Aus diesem Grunde der gegenwärtigen gesetzlichen Vorschrift läßt sich auch der Umfang derselben bestimmen. Tritt die gesetzliche Erbfolge ein, so unterliegt die Anwendung der gegenwärtigen Vorschrift keinem Anstande. — Der gegenwärtige §. dehnt diese Vorschrift jedoch auch auf den Fall der Erbfolge aus einem letzten Willen aus, — und in dieser Hinsicht stellt sich das Bedenken dar, wie sich der gegenwärtige §. mit dem §. 790 in Vereinigung bringen lasse, welcher anordnet, daß die Anrechnung bey der Erbfolge der Kinder aus dem letzten Willen nur dann geschehe, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird. Werden nun in einem solchen Falle die bereits den Kindern im Voraus geleisteten Gaben der Regel nach in den letztwilligen Erbtheil nicht eingerechnet, so würde es ja gerade der beabsichtigten Gleichheit entgegen laufen, wenn demjenigen Kinde, dem ein Heirathsgut bloß vermacht worden ist, dasselbe in den letztwilligen Erbtheil eingerechnet würde. — Um nun diese beyden §§. in Vereinigung zu bringen, glaube ich die vorliegende Anordnung bey einer Erbfolge der Kinder aus dem letzten Willen nur auf den Fall beschränken zu müssen, wenn das Heirathsgut in einem späteren Codicille vermacht worden ist; denn der §. 790 setzt, wie bey Erläuterung desselben näher nachgewiesen

werden wird, offenbar voraus, daß die §. 788 bestimmten Gaben bereits zur Zeit der letzten Anordnung geleistet waren; wurden sie erst nach der errichteten letzten Anordnung geleistet, so muß die Anrechnung Platz greifen, weil der Erblasser in der früheren letztwilligen Anordnung seinen Willen, ob die später geleistet werdende Gabe eingerechnet werden solle oder nicht, nicht erklären konnte. — Ein Gleiches glaube ich nun auch bey dem Vermächtnisse des Heirathsgutes behaupten zu müssen. Hat nähmlich der Vater seiner Tochter ein Heirathsgut legiret, so scheint er dieses, wie oben bemerkt worden ist, gethan zu haben, um sie mit den übrigen Kindern, die bereits bey Lebzeiten schon dergleichen zur Anrechnung geeignete Begünstigungen erhalten haben, gleich zu halten. — Hat er nun später eine letztwillige Anordnung über die Erbfolge der Kinder errichtet, und von einer Anrechnung keine Erwähnung gemacht, so stellt der §. 790 die Vermuthung auf, daß er die Anrechnung erlassen habe, welche Vermuthung sich auf alle anrechnungsmäßigen Posten, folglich auch auf das frühere Vermächtniß des Heirathsgutes, ausdehnen muß. — Hat aber der Erblasser das Heirathsgut nach errichteten letzten Willen, in welchem er die Erbschaft seiner Kinder festsetzte, in einem Codicille legiret, dann kann das frühere Testament auf das nachträgliche Codicill keinen Einfluß äußern, und es tritt daher lediglich die Vorschrift des gegenwärtigen §. in Anwendung. — Was ist aber Rechtens, wenn der Erblasser in dem nähmlichen Testamente, in welchem er die Erbfolge der Kinder bestimmt hat, seinen Töchtern ein Heirathsgut vermachte? — Ich glaube, daß auch in diesem Falle dasselbe als ein Vorausvermächtniß anzusehen sey; denn hat der Erblasser in dem letzten Willen die Anrechnung nicht ausdrücklich angeordnet, so ist sie nach dem §. 790 als erlassen anzusehen, und es ist also anzunehmen, daß er durch die ausdrückliche Legirung des Heirathsgutes in demselben Testamente, die durch die Erlassung der Anrechnung zwischen den bereits begünstigten und noch nicht begünstigten Kindern wieder eine Gleichheit herstellen wollte. Es kann mir hier nicht vorgeworfen werden, daß ich Unterscheidungen mache, von welchen der gegenwärtige §. nichts weiß, und daß es nicht erlaubt seye, dort zu unter-

scheiden, wo das Gesetz selbst nicht unterscheidet; denn es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß ohne diese Unterscheidung sich die §§. 671 u. 790 nicht vereinigen lassen. Jedes Gesetz muß aber immer im Zusammenhange mit anderen Gesetzesstellen erkläret werden (§. 6).

§. 672.

f) Des Unterhalts, der Erziehung oder Kost.

Das Vermächtniß des Unterhaltes begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf lebenslang, wie auch den nöthigen Unterricht in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trank auf lebenslang begriffen.

1) In diesem §. werden der Umfang oder die Bestandtheile sammt der Dauer der hier benannten Vermächtnisse angegeben. Das umfassendste ist das Vermächtniß des Unterhalts, es begreift Nahrung (Speise und Trank), Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, worunter besonders Arzeneyen und die Herbeyschaffung der ärztlichen Hülfe, dann bey denjenigen, die noch des Unterrichtes bedürfen, auch der Unterricht gehört, in sich. — Das Gesetz setzt die Dauer dieses Vermächtnisses auf lebenslang fest; doch stützt sich diese Bestimmung lediglich auf die angenommene Vermuthung, daß der Erblasser dieses so gewollt habe. Hat daher der Erblasser in Ansehung der Dauer ausdrücklich Etwas bestimmt, oder ist in dieser Hinsicht sein Wille aus den Umständen klar und unzweifelhaft zu entnehmen, so ist sich nach diesem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen zu benehmen. — Uebrigens gilt das, was hier von einem Vermächtnisse des Unterhalts gesprochen wird, auch auf den Fall, wenn Jemand sich noch bey Lebzeiten zu einer solchen Leistung verbindlich gemacht hätte. Hat daher z. B. Jemand die Erklärung ausgestellt, daß er den A, um bey einer landesfürstlichen Stelle als unentgeldlicher Practicant aufgenommen werden zu können, den Unter-

halt abreichen wolle, so ist anzunehmen, daß dieser Unterhalt nur in so lange zu dauern habe, bis letzterer eine ordentliche, mit Besoldung verbundene Anstellung erhält.

2) Das Legat der Erziehung umfaßt alle oberwähnten Theile des Unterhalts, und unterscheidet sich von dem letzteren Vermächtnisse nur in Bezug auf seine natürliche Dauer; denn die Erziehung endigt sich mit der erreichten Volljährigkeit. — Es kann hier die Frage entstehen, ob unter dem Ausdrucke: „Volljährigkeit" lediglich die Zurücklegung des vierundzwanzigsten Jahres (§. 251), nähmlich die physische Volljährigkeit, oder auch die vermittelst ertheilter Nachsicht rechtlich angenommene Volljährigkeit verstanden werden müsse (§. 252)? — Ich glaube, daß sich das Legat der Erziehung mit der ertheilten Alters-Nachsicht, und dadurch ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Volljährigkeit endige; denn der §. 252 sagt ganz allgemein, daß die Erklärung der Volljährigkeit ganz gleiche rechtliche Wirkung mit der wirklich erreichten Volljährigkeit habe. Hätte der Gesetzgeber im gegenwärtigen §. nur die wirkliche (physische) Volljährigkeit verstanden, so würde er sich gewiß hier bestimmter dahin ausgedrückt haben, daß das Vermächtniß der Erziehung mit Zurücklegung des vierundzwanzigsten Jahres ende; oder er würde sich, wie in so vielen anderen Stellen des Gesetzbuches vorkömmt, dabey im Contexte des gegenwärtigen §. auf den §. 251 bezogen haben. — Ueberdieß setzt die Erklärung der Volljährigkeit einen solchen Zustand des Volljährig-Erklärten voraus, welcher eine weitere Fortsetzung dieses Legates überflüssig macht. Dagegen wird dieses Legat nicht auch noch über das vierundzwanzigste Jahr hinaus von Wirksamkeit seyn, wenn sich die Vormundschaftsbehörde veranlaßt sieht, wegen Leibs- und Gemüthsgebrechen des physisch volljährig Gewordenen, wegen Verschwendung oder aus anderen wichtigen Gründen die Fortdauer der Vormundschaft zu verfügen, weil das Gesetz einen solchen Menschen, welcher noch fortwährend unter der Vormundschaft bleibt, zwar gleich einem Minderjährigen behandelt, aber denselben nirgends als minderjährig bezeichnet, und der Erblasser bey seinem erklärten letzten Willen offenbar diesen Ausnahmsfall nicht

vor Augen hatte. — Uebrigens scheint schon der Begriff: „Erziehung," nur jenen Zustand eines Menschen vorauszusetzen, in welchem er wegen unreifen Alters noch einen äußeren Beystand bedarf; es kann seyn, daß ein solcher Mensch wegen Gemüths- oder Leibesgebrechen lebenslang nicht aus der Vormundschaft tritt; könnte man aber wohl bey einem sechzigjährigen Manne noch von Erziehung sprechen?

3) Unter Kost wird die Verpflegung mit Speise und Trank verstanden. Hat der Erblasser über die Dauer dieses Vermächtnisses nichts besonderes verfüget, so wird sie gleichfalls auf lebenslang angenommen. — Bey allen diesen drey Arten der Vermächtnisse bleibt es, wie von Zeiller bemerkt, der Wahl des Erben überlassen (§. 656), ob er sie in Natur, oder auf eine andere, der Absicht des Erblassers entsprechende und dem Legatar nicht gefährdende Art erfüllen wolle.

§. 673.

Das Maß der im vorstehenden §. angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellet, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen ist, oder wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist.

Das Maß der erwähnten Vermächtnisse sind die Bedürfnisse, welche der gegenwärtige oder doch vorbereitete Stand des Legatars mit sich bringt. — Das letztere kommt, wie von Zeiller bemerkt, hauptsächlich bey einem Pflegkinde des Erblassers in Betrachtung, das von ihm bisher jene edlere, höhere Bildung empfangen hat, und seiner dadurch erklärten Absicht gemäß, noch ferner empfangen soll.

§. 674.

g) Der Mobilien, des Hausrathes.

Unter Mobilien (Meubeln) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung; unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden. — Die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes sind, ohne deutlichere Erklärung, darunter nicht begriffen.

1) Wenn der Gesetzgeber überhaupt, selbst bey seinen eigenen Anordnungen, auf den Sprachgebrauch besondere Rücksicht nimmt, so ist dieses um so mehr der Fall, wenn es sich um Auslegung der von einer Privat-Person gebrauchten Worte handelt. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche aber versteht man unter Mobilien, auch Meubeln genannt, jene Geräthschaften, die zum anständigen Gebrauche einer Wohnung dienen. Hierher gehören z. B. Tapeten, Spiegel, Gemählde, Luster, Wanduhren, Vorhänge, Gardinen, Teppiche, Tische, Komoden, Betten, Stühle, Soffen. Davon werden selbst die erwähnten Gegenstände ausgeschlossen, dafern sie ein Pertinenzstück oder Zugehör des unbeweglichen Gebäudes ausmachen, und sohin den unbeweglichen Sachen beyzuzählen sind, wie z. B. eingemauerte Spiegel, befestigte Tapeten u. s. w.

2) Umfassender ist das Wort: Hausrath oder Einrichtung, indem es nebst den Mobilien zugleich die übrigen, zur Führung der Haushaltung nothwendigen Geräthschaften in sich schließt, wie die Geräthschaften der Küche, Eß- und Trinkgeschirre u. s. w.; die letzteren jedoch nur in so fern, als sie nicht aus Silber oder einem anderen kostbaren Metall bestehen (§. 679). Eben so sind hier auch wieder alle jene Geräthschaften auszunehmen, die als ein Zugehör des Gebäudes zu betrachten sind (§. 297).

3) Jene beweglichen Sachen, welche nicht zur eigentlichen Haushaltung, sondern zum Betriebe eines Gewerbes nothwendig sind, werden nach Vorschrift des gegenwärtigen §. ohne deutlichere Erklärung unter dem Worte: „Hausrath oder Einrichtung"

nicht begriffen. — Zuweilen sind solche Geräthschaften als Zugehörungen des Hauses selbst anzusehen (§. 297 Nr. 2). Wenn daher z. B. ein Gastwirth seinem Weibe nur den Hausrath oder die Hauseinrichtung, und seinem Sohne sein Gasthaus vermacht hätte, seine Tochter aber zu dem noch übrigen Vermögen als Erbinn eingesetzt hätte, so frägt es sich, wem jene Geräthschaften, die bloß zur Bewirthung der Gäste angeschafft worden, zufallen werden. — Ist die Gastgebers-Gerechtigkeit auf dem Hause radicirt, so muß nach demjenigen, was bey Erläuterung des §. 297 bemerkt worden ist, auch angenommen werden, daß der Erblasser diese Geräthschaften seinem Sohne überlassen habe; wäre aber die Gastgebers-Gerechtigkeit nicht radicirt, sondern bloß persönlich, dann würden diese Geräthschaften der Tochter zufallen.

§. 675.

b) Eines Behältnisses.

Ist Jemanden ein Behältniß vermacht worden, welches nicht für sich selbst bestehet, sondern nur ein Theil eines Ganzen ist; so wird in der Regel vermuthet, daß nur diejenigen Stücke zugedacht worden sind, welche sich bey dem Ableben des Erblassers darin vorfänden, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach bestimmt, oder von dem Erblasser gewöhnlich verwendet worden ist.

1) Der Inhalt dieses Vermächtnisses hängt, wie von Zeiller bemerkt, hauptsächlich von dem Unterschiede ab, ob das Behältniß allein (§§. 675 u. 676), oder mit dem ausdrücklichen Beysatze: „sammt allen darin befindlichen Sachen" (§. 677), — vermacht worden sey, und im ersteren Falle von dem weiteren Unterschiede ab, ob das Behältniß eine für sich bestehende Sache sey, oder nicht.

2) Ist das Behältniß keine für sich bestehende Sache, sondern nur ein Bestandtheil einer anderen unbeweglichen Hauptsache (wie z. B. ein Weinkeller im Hause, ein Holzgewölbe),

oder einer beweglichen (z. B. einer Schublade), so kann man wohl nicht vermuthen, daß der Erblasser, ob er gleich Eigenthümer der Hauptsache wäre, dem Legatare einen solchen Antheil an derselben habe verschaffen, oder daß er einen Theil von der beweglichen Sache habe trennen wollen (§. 294). Es ist weit wahrscheinlicher, daß er nach einer nicht ungewöhnlichen, figürlichen Redensart unter dem Behältnisse das Enthaltene (continens pro contento) verstanden habe. Diese Vermuthung würde noch stärker seyn, wenn das Behältniß selbst kein Eigenthum des Erblassers wäre.

3) Wird daher ein solches Behältniß vermacht, so wird angenommen, daß der Erblasser dem Legatar dadurch jene Stücke habe vermachen wollen, welche sich bey dem Ableben des Erblassers in dem Behältnisse wirklich vorgefunden haben. Daher hat in einem solchen Falle der zur Vornahme der Sperre abgeordnete Commissär auf diesen Umstand sorgfältigen Bedacht zu nehmen, und diese Stücke entweder sogleich zu verzeichnen, oder wenigstens dieses Behältniß in enge Sperre zu nehmen. — Es kömmt also auch hier nur auf den Zeitpunct des eingetretenen Todfalles, und nicht auf den der errichteten letztwilligen Anordnung an, und somit wird auch durch diesen §. dasjenige bestätigt, was bey Erläuterung des §. 668 Nr. 2 behauptet worden ist. — Wenn also auch nachgewiesen werden könnte, welche Stücke zur Zeit der letzten Anordnung in diesem Behältnisse sich befunden haben, so könnte dieses weder dem Erben noch dem Legatar zum Vortheile gereichen.

4) Uebrigens muß aber das Behältniß, seiner Eigenschaft nach, zur Aufbewahrung solcher Stücke, welche wirklich bey dem Ableben des Erblassers vorgefunden worden sind, — bestimmt, oder doch von dem Erblasser gewöhnlich, nicht also bloß in seltenen oder dringenden Fällen, verwendet worden seyn. — Dieses letztere würde jedoch, wenn nicht zugleich auch der erstere Umstand vorhanden wäre, dem Legatar zu beweisen obliegen. — Selbst unter diesen Voraussetzungen müßten immer solche Gegenstände ausgenommen werden, die nicht einmahl unter einem Vermächtnisse des Behältnisses mit allen darin befindlichen Sachen begriffen sind (§. 677).

5) Würde bey dem Ableben des Erblassers in dem vermachten Behältnisse gar nichts enthalten seyn, so wäre zu vermuthen, daß der Erblasser durch Hinwegräumung der darin vormahls aufbewahrten Stücke das Vermächtniß widerrufen habe; das Vermächtniß wäre daher wirkungslos. — Wären zwar Sachen darin, aber solche, zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach nicht bestimmt ist, und wozu es auch von dem Erblasser nicht verwendet zu werden pflegte, so könnte man nach der Analogie des folgenden §. 677 zu behaupten versucht werden, daß in diesem Falle die vorgefundenen Stücke dennoch als legirt anzusehen seyen. — Allein eine solche Behauptung wäre sicher irrig; denn würde man sich in dem Falle, welchen der folgende §. 677 entscheidet, buchstäblich an die Worte des Erblassers halten, so müßten alle Stücke, welche sich in dem Behältnisse befinden, ohne Unterschied als legirt angesehen werden. — Das Gesetz legt also hier aus der muthmaßlichen Absicht des Erblassers den Worten desselben einen mehr beschränkten Sinn bey. — Im gegenwärtigen §. hat aber der Gesetzgeber die Worte des Erblassers vielmehr ausgedehnt als beschränkt, es können also dieselben durch analoge Anwendung des folgenden §. nicht noch eine größere Ausdehnung erhalten.

6) Nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. findet diese Vermuthung nur in der Regel Statt, und kann also von dem Erben durch, aus den besonderen Umständen hergehohlte Gegenvermuthungen entkräftet werden.

§. 676.

Ist hingegen das Behältniß beweglich, oder doch eine für sich bestehende Sache; so hat der Legatar nur auf das Behältniß, nicht auch auf die darin befindlichen Sachen Anspruch.

Aus den Worten des gegenwärtigen §. sollte man schließen, daß in dem Falle, als ein Theil einer beweglichen Sache z. B. die Lade eines Kastens, eines Tisches u. s. w. legirt würde, der Legatar diesen Theil, und nicht die darin befindlichen Sachen erhalte, indem der §. das Erforderniß, daß die legirte Sache

eine für sich bestehende Sache sey, mit dem Satze: „Ist das Behältniß beweglich" durch die Partikel „oder" in Verbindung setzt, wodurch er anzudeuten scheint, daß die Eigenschaft der Beweglichkeit einer Sache allein hinreiche, um die Vorschrift des vorigen §. außer Wirksamkeit zu setzen. — Allein eine solche Auslegung, die sich allerdings durch die Worte dieses §. rechtfertigen ließe, stünde mit dem vorigen §. im offenbaren Widerspruche, da derselbe ganz allgemein ausspricht, daß, wenn das Behältniß kein für sich bestehender Theil ist, in der Regel vermuthet werde, daß nur diejenigen Stücke zugedacht seyen, welche sich bey dem Ableben des Erblassers darin vorfinden. — Die Textirung des gegenwärtigen §. scheint mir folgenden Ursprung zu haben. Die beyden §§. 675 u. 676 des gegenwärtigen Gesetzbuches sind offenbar eine Umstaltung der §§. 465 u. 466 des 2. Theiles des Gesetzbuches für Westgallizien. Der erste sagt: Ist Jemanden ein Behältniß vermacht worden, welches nicht für sich selbst bestehet, sondern nur ein Theil eines Ganzen ist, z. B. ein Keller im Hause, ein eingemauerter Schrank; so wird vermuthet u. s. w. Hierauf verfügt der §. 466: Ist hingegen der Schrank beweglich, und der Keller kein Theil des Hauses, sondern ein für sich bestehendes Ganzes; so hat der Legatar auf die darin befindlichen Sachen keinen Anspruch. Das westgallizische Gesetzbuch hat daher als Beyspiel zur Erläuterung seiner im §. 465 ausgesprochenen Anordnung zwey Sachen gewählet, nähmlich: a) eine an und für sich unbewegliche Sache, die mit einer andern unbeweglichen Sache, und b) eine an und für sich bewegliche Sache, die gleichfalls mit einer andern unbeweglichen Sache in Verbindung steht, wodurch sie gleichfalls wieder als eine unbewegliche Sache (§. 16, 2. Theil des westgallizischen und §. 297 des gegenwärtigen bürgerlichen Gesetzbuches) anzusehen ist. — Das gegenwärtige Gesetzbuch hat nun im §. 675 diese beyden Beyspiele nicht aufgenommen, dadurch mußte offenbar auch der gegenwärtige §. eine von dem §. 466 des Gesetzbuches für Westgallizien abweichende Stylisirung erhalten; es mußte das, was in

Bezug auf die gegebenen Beyspiele angeordnet wurde, in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt werden. Da nun der Schrank, wenn man ihn außer Verbindung mit der unbeweglichen Sache ansieht, wieder als bewegliche Sache anzusehen ist, — so ist die Textirung des gegenwärtigen §. leicht erklärbar, — dagegen aber auch aus diesem zu ersehen, daß den Verfassern des österreichischen Gesetzbuches eine solche bewegliche Sache vor Augen schwebte, welche für sich besteht, und keinen Theil einer anderen beweglichen Sache ausmachet.

§. 677.

Wird ein Schrank, ein Kasten oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht; so rechnet man dazu auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, selbst die vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine. Andere Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, werden nur dann dazu gerechnet, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet. Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße.

1) Ungeachtet der klaren Worte des Erblassers könnte im vorliegenden Falle doch leicht der Zweifel entstehen, ob dieselben auch auf Gegenstände hohen Werthes bezogen werden sollen. Der Gesetzgeber fand daher für zweckmäßig, ausdrücklich zu erklären, daß auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, obschon sie gewöhnlich von hohem Werthe sind, unter die auf die im §. angedeutete Art legirten Sachen zu rechnen seyen. Der Gesetzgeber unterscheidet hier nicht, wie in den vorigen §§., ob das Behältniß an sich zur Aufbewahrung von dergleichen Gegenständen geeignet, oder von dem Erblasser gewöhnlich dazu verwendet worden ist. Ist aber das Behältniß wirklich von der hier angegebenen Art, so kann die Anwendung der gegenwärtigen Vorschrift um so weniger einem Bedenken unterliegen.

2) Schuldscheine haben an und für sich beynahe keinen Werth, sondern nur die Forderung, die durch einen solchen Schuldschein gleichsam repräsentiret wird. — Sie sind ihrer Bestimmung nach nichts, als ein Beweismittel der Forderung, und dienen daher zur leichteren Realisirung derselben. Wer einen Schuldschein verliert, hat darum auch nicht die Forderung verloren, und wer einen Schuldschein in Händen hat, ist deßwegen noch nicht immer auch im Besitze der Forderung, worauf sich der Schuldschein bezieht. — Das Vermächtniß aller in einem Behältnisse befindlichen Sachen kann daher nicht auch auf die Forderungen ausgedehnt werden, worüber die Beweis machenden Instrumente sich in dem Behältnisse befinden. Die Urkunden an und für sich aber dienen einem Dritten zu keinem Gebrauche, und es kann daher auch nicht vermuthet werden, daß sie der Erblasser legiren wollte. Da aber die Rückstellung des Schuldscheins an den Schuldner selbst die Vermuthung der Zahlung begründet (§. 1428), so nimmt auch das Gesetz hier an, daß, wenn sich solche von dem Legatar selbst an den Erblasser ausgestellte Schuldscheine in dem Behältnisse befinden, der Erblasser auch diese Schuldscheine darunter verstanden habe, um den Legatar auf eine schonende Art seiner Verpflichtungen zu entbürden.

3) Zweifelhaft ist es hier, ob in dem Falle, als sich in dem Behältnisse Schuldbriefe, welche auf den Ueberbringer lauten, befinden, diese in dem Vermächtnisse begriffen angesehen werden müssen? — Nach dem Wortlaute des Gesetzes scheint diese Frage wohl verneinend beantwortet werden zu müssen. — Allein, wenn man in Erwägung zieht, daß das Gesetz die im ersten Absatze des gegenwärtigen §. aufgeführten Stücke zu den übrigen Sachen nur hinzurechnet, und eben deßhalb auch der Schluß nicht gelten kann, daß, weil die Schuldbriefe au porteur unter den vom Gesetzgeber aufgezählten Stücken nicht begriffen sind, selbe von dem Vermächtnisse als ausgeschlossen anzusehen seyn; und daß in dem zweyten Absatze nur die auf bestimmte Nahmen ausgefertigten Schuldscheine vor Augen gehalten worden zu seyn scheinen, wie aus der Nr. 2 gemachten Bemerkung erhellet, so scheinen die Schuldbriefe au porteur von diesem Vermächtnisse

nicht ausgeschlossen zu seyn. Diese Schuldbriefe sind nähmlich nicht bloß als Beweismittel, sondern als wirkliche Sachen anzusehen, mit deren Besitze das dadurch begründete Forderungsrecht in Verbindung steht (§. 1393), und die ich deßhalb bey Erläuterung des §. 292 unter die körperlichen Sachen gerechnet habe; sie kommen darum auch dem baren Gelde ungleich näher, als den auf bestimmte Nahmen ausgefertigten Schuldocumenten. Der gegenwärtige §. spricht, wenn man die Sache näher betrachtet, die Regel aus, daß bey diesem Vermächtnisse alle in dem Behältnisse befindlichen Sachen, mit Ausnahme der über Schulden oder andere Forderungen des Erblassers bestehenden Beweis machenden Urkunden, als legirt anzusehen seyn; dieser Ausnahme kann aber keine andere Deutung gegeben werden, als aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, welche nach dem Obengesagten darin liegt, daß Schuldscheine keine solchen Sachen seyen, die an und für sich einen Werth haben, und man das Vermächtniß zu weit ausdehnen würde, wenn man annähme, der Erblasser habe die Forderungen übertragen wollen, deren Beweismittel diese Schuldscheine sind. — Schuldbriefe au porteur sind aber als selbstständige Sachen anzusehen, es treten daher bey diesen die bey den übrigen Schuldocumenten bestehenden Verhältnisse nicht ein. — Daher kann auch die vom Gesetze angeführte Ausnahme auf jene nicht ausgedehnt werden.

4) Sind in dem Behältnisse keine anderen Sachen, als solche auf bestimmte Nahmen lautende Schuldscheine, oder andere Forderungen oder Rechte des Erblassers begründende Urkunden vorhanden, so werden, damit die Worte des Erblassers doch von Wirksamkeit sind, selbst diese und resp. die Forderungen, zu deren Beweise sie ausgefertigt wurden, in dem Vermächtnisse begriffen.

§. 678.

i) Der Juwelen, des Schmuckes und Putzes.

Unter Juwelen werden in der Regel nur Edelsteine und gute Perlen; unter Schmuck auch die unechten Steine, und das aus Gold oder Sil-

ber verfertigte oder damit überzogene Geschmeide, welches zur Zierde der Person dient; und unter Putz dasjenige verstanden, was außer Schmuck, Geschmeide und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird.

1) Durch die Bestimmung in dem gegenwärtigen §., daß unter Juwelen bloß Edelsteine und gute Perlen zu verstehen seyen, werden die mit Edelsteinen besetzten Geschirre und Geräthe ganz deutlich davon ausgeschlossen, da hier eigentlich die letzteren als die Principalsache, und die ersteren als eine accessorische Sache anzusehen sind.

2) Außer der Eigenschaft der Sache, zur Verzierung einer Person zu dienen, gehört aber zum Begriffe des Schmuckes und Putzes, auch deren Bestimmung und Gebrauch hierzu; denn, wenn eine Sache zwar zum Schmucke und Putze dient, von der Person aber, die sie besitzt, nicht zu diesem Gebrauche, sondern zum Verkaufe bestimmt und angeschafft worden ist, so kann man dieselben auch nicht zum Schmuck und Putz rechnen. Hingegen leidet es keinen Zweifel, daß gehenkelte und hierdurch zum Schmuck bestimmte Geldstücke nicht zu dem baren Gelde, sondern hierher gehören.

§. 679.

k) Des Goldes oder Silbers, der Wäsche, Equipage.

Das Vermächtniß des Goldes oder Silbers begreift das verarbeitete und unverarbeitete, doch nicht das gemünzte, noch auch dasjenige in sich, was nur ein Theil oder eine Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstückes, z. B. einer Uhr oder Dose ausmacht. Die Wäsche wird nicht zur Kleidung, und Spitzen werden nicht zur Wäsche, sondern zum Putze gerechnet. Unter Equipage werden die zur Bequemlichkeit des Erblassers bestimmten Zugpferde und Wagen sammt dazu gehörigem Geschirre; nicht auch Reitpferde und Reitzeug verstanden.

Die Worte des Gesetzes sind klar. Uebrigens ist zu bemerken, daß die von dem Gesetzgeber hier gegebenen Vorschriften nur allgemeine Regeln bilden, welche in allen Fällen Ausnahmen erleiden, wenn nach den im §. 655 näher angegebenen Auslegungsregeln nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser eine andere Bedeutung mit den hier erwähnten Ausdrücken verbunden habe. — Auch sind die hier aufgestellten Regeln auf Verträge anzuwenden.

§. 680.

l) Der Barschaft.

Zur Barschaft gehören auch jene öffentlichen Credits-Papiere, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten.

Diese Anordnung gründet sich gleichfalls auf den allgemeinen Sprachgebrauch. — Münzen, die nicht zum ordentlichen Tauschmittel, sondern, wie antiquarische oder Schaumünzen, zu einem anderen Zwecke bestimmt sind, können eben so wenig, wie Schuldbriefe au porteur, andere Privat-Schuldbriefe, oder auf bestimmte Nahmen lautende öffentliche Obligationen unter Barschaft begriffen werden. Es gehören also hierher: Banknotten, Einlös- und Anticipationsscheine, cursirende Gold- und Silbermünzen, die zur Ausgleichung bestimmten Scheidemünzen u. s. w.

§. 681.

m) Ueber die Benennung: Kinder.

Unter dem Worte: Kinder, werden, wenn der Erblasser die Kinder eines Anderen bedenkt, nur die Söhne und Töchter; wenn er aber seine eigenen Kinder bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bey dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.

1) Nachdem das Gesetzbuch die Regeln aufgestellt hat, in welcher Bedeutung die Worte des Erblassers bey Bezeichnung der verschiedenen Vermächtnißstücke genommen werden sol-

len, geht es nun zur Bestimmung derjenigen Regeln über, welche bey einer zweifelhaften Bezeichnung einiger Arten der Vermächtnißnehmer in Anwendung gebracht werden sollen. So läßt z. B. der Ausdruck „Kinder" eine dreyfache Bedeutung zu; man kann nähmlich unter diesem Ausdrucke nur die ersten Abstämmlinge einer Person, oder alle Descendenten ohne Unterschied, oder manchmahl auch solche Personen verstehen, welche das siebente Lebensjahr noch nicht überschritten haben.

2) Ob der Ausdruck „Kinder" in der letzteren Bedeutung zu nehmen sey, muß lediglich aus dem Contexte der letzten Anordnung entnommen werden, und wird dann, wenn er wirklich in diesem Sinne zu nehmen ist, selten zweifelhaft seyn. Im Allgemeinen ist wohl bey Vermächtnissen der Ausdruck „Kinder" nie in diesem Verstande zu nehmen.

3) Zweifelhafter ist es, ob, wenn der Erblasser den Kindern einer bestimmten Person ein Legat vermacht, darunter nur die ersten Abstämmlinge, oder auch die entfernteren Descendenten zu verstehen seyen. — Zur Lösung dieses Zweifels stellt das Gesetz hier die im §. angegebene Regel auf, welche sich auf die Vermuthung gründet, daß, wenn der Erblasser die Kinder eines Anderen bedenkt, er auf die persönlichen Eigenschaften derselben, durch welche sie seine Zuneigung gewonnen, wenn er aber seine eigenen Kinder bedenkt, auf die Nähe des verwandtschaftlichen Verhältnisses Rücksicht genommen habe, und dadurch zum Vermächtnisse bewogen worden sey. — Aus diesem Grunde ist anzunehmen, daß der Erblasser im letzteren Falle auch die entfernteren Descendenten unter dem Ausdrucke „Kinder" verstanden habe, in so fern sie an die Stelle ihrer verstorbenen Aeltern eintreten würden.

4) In beyden Fällen können aber nur jene Abstämmlinge verstanden werden, welche bey dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren, und in der Folge wirklich lebend zur Welt kamen (§. 22). Zwar läßt es die grammatische Auslegung hier etwas zweifelhaft, ob die Endworte dieses §. lediglich auf den zweyten Fall zu beziehen, oder auch auf den ersteren Fall auszudehnen seyen. Allein zieht man in Erwägung, daß nach einem allgemein geltenden Grundsatze Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeu-

tung zu nehmen sind, wenn nicht der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche aber unter Kinder gewiß nicht die entfernte, bloß mögliche Posterität, sondern die wirklich lebenden, oder nach dem §. 22 wenigstens bereits erzeugten Kinder verstanden werden, so scheinen die Schlußworte wohl offenbar auch auf den ersten Fall bezogen werden zu müssen. Nach der klaren Absicht des höchsten Gesetzgebers, welche diesem §. zu Grunde lieget, soll der Unterschied, der zwischen dem ersten und zweyten Falle obwaltet, lediglich darin bestehen, daß im ersteren der Ausdruck „Kinder" nur auf die nächsten Abstämmlinge einzuschränken, im letzteren aber auch auf entferntere Descendenten auszudehnen ist; offenbar lag es aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers einen zweyten Unterschied darin festzusetzen, daß im ersteren Falle unter dem Ausdrucke „Kinder" selbst die zur Zeit des Ablebens noch nicht erzeugten, im letzteren aber nur bereits erzeugte zu verstehen seyen [1]). — Wenn man die Worte: „welche bey Ableben des Erblassers schon erzeugt waren," nur auf den letzteren Fall ziehen wollte, so könnte man eher zur Behauptung angelockt werden, daß im ersteren Falle nur jene Söhne und Töchter zu verstehen seyen, welche zur Zeit der letztwilligen Anordnung bereits existirten. Diese Behauptung würde selbst durch den folgenden §. 683 einen Stützpunct finden, da sich der Gesetzgeber hier bewogen fand, ausdrücklich zu erklären, daß unter Dienstpersonen der Regel nach diejenigen zu verstehen seyen, welche zur Zeit des Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen, woraus man schließen könnte, daß in anderen Fällen auf die zur Zeit des Ablebens in dem bestimmten Verhältnisse sich befindlichen Personen *nicht*, sondern bloß auf die zur Zeit der letzten Anordnung vorhandenen Personen Rücksicht genommen werden müsse. — Allein gerade die obenerwähnte Betrachtung, daß der höchste Gesetzgeber in dem gegenwärtigen §. offenbar zwischen den aufgeführten zwey Fällen nur eine, und nicht zwey sich von ein-

1) Vergleiche den in der Wagner'schen Zeitschrift erzählten Civilrechtsfall. 1829. 12. Heft, S. 293 — 314.

ander unterscheidende Anordnungen machen wollte, scheinen mir diese Auslegung nicht zuzulassen. Uebrigens scheint selbst die grammatische Auslegung mehr zu Gunsten meiner Meinung zu sprechen; denn in diesem §. ist eigentlich nur ein Vordersatz vorhanden, welcher aus zwey Theilen besteht, die mit einem gemeinschaftlichen Zeitworte geschlossen werden, welchem Schlusse der Nachsatz angeknüpft ist, und welcher daher auch beyden Theilen ihre nähere gemeinschaftliche Bestimmung um so mehr ertheilt, als in diesem §. nichts vorkömmt, was die Beziehung des Nachsatzes nur auf die Nachkömmlinge der eigenen Kinder des Erblassers beschränkte [1]).

§. 682.

n) Verwandte.

Ein ohne nähere Bestimmung für die Verwandten ausgesetztes Vermächtniß wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem §. 559 über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für Eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.

1) Hat Jemand für die Verwandten überhaupt, ohne nähere Bestimmung, ein Vermächtniß ausgesetzt, so ist nicht zu vermuthen, daß dadurch der Erblasser alle Verwandte ohne Unterschied verstanden habe, indem das Legat durch die Vertheilung unter alle Verwandte, deren Zahl oft sehr groß seyn kann, nicht selten in so viele kleine Theile zersplittert würde, daß dadurch das Legat beynahe wirkungslos gemacht würde. — Das Gesetz vermuthet daher, daß der Erblasser nur die nächsten Verwandten, welche die gesetzliche Erbfolge treffen würde, im Gesichte gehabt habe.

2) Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, ob der Erblasser seine eigenen Verwandten, oder die einer andern Person,

1) Siehe obige Abhandlung S. 212.

mit einem Legate bedacht habe; daher gilt obige Anordnung für beyde Fälle. Ist eine Person darunter, welche bloß einseitig mit dem Erblasser, oder derjenigen Person, dessen Verwandten das Vermächtniß hinterlassen worden ist, verwandt ist, so ist bey der Vertheilung des Legates darauf gehöriger Bedacht zu nehmen, und sie wird sohin nur die Hälfte desjenigen erhalten, was sie in dem Falle bekommen haben würde, wenn sie auf beyden Seiten mit dem einen oder anderen verwandt wäre — Das Gesetz macht zwar hiervon keine ausdrückliche Erwähnung; allein es leuchtet aus der gegenwärtigen Vorschrift die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, daß bey diesem Vermächtnisse ganz die Grundsätze beobachtet werden sollen, welche bey einer Vertheilung einer Erbschaft unter mehrere Verwandte gesetzlich angenommen sind.

3) Eben von diesem Grundsatze ausgehend, ordnet daher das Gesetz hier ausdrücklich an, daß die im §. 559 aufgestellte Regel auch bey diesem Vermächtnisse in Anwendung zu kommen habe. — Ich beziehe mich daher hier auch lediglich auf dasjenige, was ich bey Erläuterung des obigen §. über den Sinn dieser Gesetzesstelle angeführt habe.

4) Uebrigens muß hier, wie von Zeiller bemerkt, vorzüglich auf den ausdrücklichen, und aus dem übrigen Inhalte des Testamentes abzunehmenden Willen des Erblassers Rücksicht genommen werden, und es würde daher, wenn die nächsten Verwandten zur Erbschaft berufen wären, das für die Verwandten ausgesetzte Vermächtniß vielmehr jenen zufallen, die nach den Erben die nächsten sind; auch hätte ein Verwandter, der von dem Erblasser ausdrücklich schon insbesondere bedacht worden ist, auf einen Antheil eines solchen Vermächtnisses keinen Anspruch.

§. 683.

o) Dienstpersonen.

Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und sie bloß durch das Dienstverhältniß bezeichnet, so wird vermuthet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen.

Doch kann in diesem, so wie in den übrigen Fällen, die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden.

1) Das Legat an Dienstpersonen wird vermacht, entweder indem der Erblasser die Dienstpersonen durch ihre Nahmen, oder eine andere zweckmäßige Bezeichnung ihrer Individualität kennbar macht, oder durch die Benennung der Dienstpersonen im Allgemeinen. Im ersten Falle erhält die kenntlich gemachte Dienstperson das Legat. In keinem der beyden Fälle aber ist zu vermuthen, daß der Erblasser das Vermächtniß auf den Lohn anrechnen wollte, wenn nicht aus den Worten der Disposition selbst das Gegentheil hervorleuchtet.

2) Hat aber der Erblasser seinen Dienstpersonen überhaupt ein Legat ausgesetzt, oder hat er zwar nur einige derselben mit einem Vermächtnisse bedacht, sie jedoch *nur* mit ihrer Eigenschaft als Dienstpersonen bezeichnet, z. B. er hat angeordnet: ich vermache meinem Kammerdiener, meinem Koch u. s. w., und es stehen zur Zeit des Ablebens des Erblassers andere Personen in seinem Dienste, als zur Zeit seines letzten Willens, so wird vermuthet, daß die wirklich im Dienste stehenden das Vermächtniß erhalten sollen, weil der Erblasser sehr wahrscheinlich den Umstand, daß sie durch seinen Tod ihren Dienst verlieren, berücksichtiget hat.

3) Diese Vermuthung tritt aber nur ein, wenn der Erblasser die Dienstperson *bloß* durch das Dienstverhältniß bezeichnet hat. Hat er also die Person nebst dem Dienstverhältnisse noch mit einer anderen Eigenschaft bezeichnet, so tritt diese Vermuthung nicht ein, sondern es ist vielmehr anzunehmen, daß er die zur Zeit seiner letzten Anordnung in seinen Diensten gestandene Person bedenken wollte. Ich erinnere mich eines Rechtsfalles, der hier als Erläuterung des Gesagten dienen kann. Ein Pfarrer, mit dessen pfarrherrlichen Einkünften auch der Genuß einer Gülte verbunden war, übertrug dem Verwalter einer benachbarten Herrschaft auch die Verwaltung dieser Pfarrsgülte. — Nach seinem Tode fand sich ein Testament vor, in welchem un-

ter anderen folgende Anordnung enthalten war: „Dem Verwalter der Herrschaft N., als meinem Beamten, vermache ich meine goldene Dose." — Nun war zur Zeit, als der Erblasser starb, ein anderer Verwalter bey der Herrschaft N. angestellt, der auch die Verwaltung bey der Pfarrsgülte besorgte, als zur Zeit der errichteten letzten Anordnung. Es erhob sich nun zwischen diesen beyden Personen in Ansehung dieses Legates ein Rechtsstreit, der zu Gunsten des ersteren entschieden wurde. — Allein ich glaube, daß zu Gunsten des letzteren hätte entschieden werden sollen, weil der Erblasser den Legatar nicht bloß durch das Dienstverhältniß, in welchem er zu ihm (Erblasser) stand, sondern auch durch ein Dienstverhältniß, in welchem sich der Legatar mit einer dritten Person befand, bezeichnet hatte, — und beyde Eigenschaften in keinem nothwendigen Zusammenhange standen. — Der Erblasser konnte nicht gewiß voraussehen, ob, wenn der zur Zeit der letzten Anordnung als Verwalter der Herrschaft N. angestellte Beamte aus diesem Dienste treten würde, der von der Herrschaft N. aufgestellte neue Beamte sich ebenfalls der Verwaltung der Pfarrsgülte unterziehen, oder sein Vertrauen genießen würde, indem der Erblasser nicht verpflichtet war, gerade den Verwalter der Herrschaft N. zu seinem Beamten zu wählen, da er die Verwaltung seiner Gülte auch einem Anderen hätte übertragen können. Es war also bloß als ein Zufall anzusehen, daß zur Zeit des Todes des Erblassers der neu angestellte Beamte der Herrschaft N. auch sein Beamter war. Nur dann, wenn die Eigenschaft, mit welcher der Legatar außer dem Dienstverhältnisse noch bezeichnet ist, in einem nothwendigen Zusammenhange mit letzteren stünde, würde durch die angefügte zweyte Bezeichnung die im §. aufgestellte Vermuthung nicht wegfallen, wie z. B., wenn in oben angeführtem Rechtsfalle durch einen zwischen dem Pfarrer und der Herrschaft N. abgeschlossenen Vertrag zur Ersparung von beyderseitigen Kosten, der Beamte der Herrschaft auch immer die Verwaltung der Pfarrsgülte zu besorgen gehabt hätte.

4) Ueberhaupt kann in den hier vorausgesetzten Fällen die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere (bloß menschliche praesumtiones homines) Vermuthungen aufgehoben werden, wie,

wenn z. B. der Erblasser seinem Kammerdiener ein bedeutenderes Vermächtniß als seinen übrigen Dienstpersonen hinterlassen hätte, der zur Zeit der letzten Anordnung aber in dessen Diensten befindliche Kammerdiener sich besondere, oder mehrjährige Verdienste um den Erblasser erworben hätte, und Alters oder Familien-Verhältnisse wegen aus dem Dienste getreten wäre. Eben deßwegen kann auch, wie von Zeiller bemerkt, die für das Dienstes-Verhältniß streitende Vermuthung auf andere Verhältnisse nicht ausgedehnt, und so z. B. ein der ersten Gattinn zugedachtes Vermächtniß der Regel nach von der zweyten nicht in Anspruch genommen werden.

§. 684.

Anfallstag bey den Vermächtnissen.

Der Legatar erwirbt in der Regel (§. 699) gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß. Das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache aber kann nur nach den für die Erwerbung des Eigenthums in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlanget werden.

1) Nach der Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln auf einige bestimmte Arten der Vermächtnisse (§§. 655 — 683) kehrt das Gesetz auf die allgemeinen Vorschriften über die Vermächtnisse zurück, wovon noch diejenigen erübrigen, die den Anfall und die Auszahlung der Vermächtnisse betreffen. — Der Anfallstag ist, wie bey dem Erbrechte überhaupt (§. 536), auch hier in der Regel bey Vermächtnissen der Zeitpunct des Todes des Erblassers. Eine Ausnahme hievon machen diejenigen, welche auf eine Bedingung (§. 699) eingeschränkt sind. Von diesem Augenblicke erwirbt der Legatar zunächst aus der Vorschrift des Gesetzes (§§. 649 u. 650) ein persönliches Recht, von dem Erben (oder belasteten Vermächtnißnehmer) das Legat zu fordern, welches, gleich dem Erbrechte (§. 537), dafern es nicht höchst persönlich ist (wie z. B. die Fruchtnießung einer Sache §. 478), auch vor Uebernahme des Vermächtnisses auf seine Nachfolger übergeht.

2) Uebrigens erwirbt der Legatar mit dem Tode des Erblassers nur ein Recht zur Sache, keineswegs aber ein wirkliches Eigenthumsrecht auf die Sache selbst. — Bey Gegenständen, die nicht als einzelne bestimmt sind, oder wenn sie auch als einzeln bestimmt sind, nicht zur Verlaßmasse gehören, versteht sich dieses wohl von selbst; aber wenn die Sache einzeln bestimmt, und in der Verlaßmasse vorhanden ist, könnte dieses zweifelhaft seyn, weil für diesen Fall das römische Recht unter der Bedingung, daß der Erbe die Erbschaft bereits angetreten, und der Legatar zur Uebernahme sich erklärt hat, demselben das Eigenthumsrecht auf die legirte Sache auch ohne erfolgter Uebergabe zuerkennt. — Darum fand sich der höchste Gesetzgeber hier bewogen, ausdrücklich zu erklären, daß das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache nur nach den für die Erwerbung des Eigenthums in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlangt werde, obschon dieses aus der allgemeinen Vorschrift der §§. 424 u. 425 geschlossen werden könnte. — Besteht daher das Legat in einer beweglichen Sache, so wird das Eigenthum derselben nur dann an den Legatar übergehen, wenn sie ihm von dem Erben auf eine in den §§. 426 — 428 bestimmten Arten übergeben wird; besteht es in einer unbeweglichen Sache, so muß die Einverleibung des Eigenthumsrechtes erwirkt werden. Zur Erwirkung derselben aber ist es nicht genug, daß der Legatar die letztwillige Anordnung der Behörde mit dem Gesuche um Einverleibung vorlege, sondern er muß auch die Bewilligung des Erben hierzu beybringen; denn der Beurtheilung des letzteren muß es überlassen bleiben, ob und unter welchen Vorsichten er dem Legatar die vermachte Sache in das Eigenthum übertragen könne (§. 692). — Nur würde dem Legatar, im Falle der Erbe ihm die Ausstellung der Auffands-Urkunde, welche die Stelle der Uebergabe von seiner Seite vertritt (§. 435 Nr. 9) aus unhaltbaren Gründen verweigern würde, frey stehen, ob er den Erben auf Ausstellung einer solchen Urkunde belangen, oder die letzte Anordnung pränotiren lassen, und die Pränotirung sodann durch die Klage rechtfertigen wolle; welches letztere das klügste seyn dürfte.

3) Ist die legirte Sache zwar ein Eigenthum des Erblassers, sie befindet sich aber im Besitze eines Dritten, indem sie z. B. dem Erblasser vor seinem Tode entwendet worden wäre, so ist der Erbe lediglich verpflichtet, dem Legatar die ihm als Erben zustehende Vindicationsklage abzutreten, aber er kann nicht genöthiget werden, selbst diejenigen Rechtsschritte einzuleiten, um die legirte Sache wieder in seinen Besitz zu bringen. — Die Wahrheit dieser Behauptung gehet aus den folgenden beyden §§. hervor, welche einen bestimmten Termin zur Leistung des Vermächtnisses bestimmen, und wovon der erstere sagt, daß das Vermächtniß einzelner Verlassenschaftsstücke und sich darauf beziehender Rechte sogleich gefordert werden könne, welcher §. offenbar voraussetzt, daß das legirte Stück in der Verlaßmasse befindlich sey. Ist dasselbe im Besitze eines Dritten, so ist nur das Vindicationsrecht in der Verlaßmasse befindlich, welches daher nach dem §. 685 zu übergeben ist. Auch der §. 662 bestätiget diese Behauptung, da er das Vermächtniß einer fremden Sache für wirkungslos erkläret, und den Erben nicht einmahl verbindet, einen Versuch zu machen, diese fremde Sache an sich zu bringen, um sie dem Legatar übergeben zu können. Im vorliegenden Falle ist die Sache im fremden Besitze, und daher das Vermächtniß in so weit wirkungslos, als es sich um die Einräumung des Besitzes handelt.

§. 685.

Zahlungstag.

Das Vermächtniß einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte, kleine Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse können sogleich; andere aber erst nach einem Jahre von dem Tode des Erblassers, gefordert werden.

1) Unter dem Zahlungstage der Vermächtnisse ist der Tag zu verstehen, an welchem von dem Legatar die Entrichtung desselben, und von dem Erben die Uebernahme gefordert werden kann. Einige können sogleich nach dem Tode des Erblassers ge-

fordert werden, andere dagegen erst nach Ablauf eines Jahres. Der Ausdruck „sogleich" erhält im §. 904 seine nährere Bestimmung dahin, daß es so viel, als ohne unnöthigen Aufschub, bedeute.

2) Als Regel kann indessen angenommen werden, daß Vermächtnisse erst nach Ablauf eines Jahres, vom Tode des Erblassers an gerechnet, zu entrichten seyen, indem der §. nur diejenigen Vermächtnisse, welche sogleich gefordert werden können, nahmentlich aufzählet, und von allen anderen, sohin allen denjenigen, welche nicht nahmentlich aufgeführt sind, verordnet, daß sie erst nach Jahresfrist gefordert werden können. Es ist daher auch hier nur nothwendig, die Ausnahmsfälle von obiger Regel näher zu beleuchten.

3) Die erste Ausnahme von obiger Regel tritt sohin bey dem Vermächtnisse einzelner Verlassenschaftsstücke ein. Schon das Patent vom 12. April 1737, welches für Niederösterreich erlassen wurde, und in dieser Haupt-Provinz des österreichischen Kaiserstaates bis zur Einführung des gegenwärtigen Gesetzbuches als dießfalls verbindende Norm gegolten hat, verordnet in dieser Hinsicht, daß der Erbe schuldig seyn soll, falls eine res specifica legirt, und in der Verlassenschaft vorhanden ist, selbe dem Legatar gleich in jenem Stand, in welchem selbe damahlen ist, mithin auch cum fructibus pendentibus, si sit fundus, ausfolgen zu lassen; gleich als auch die nach dem Tode des Erblassers davon fallende fructus, usura et interesse, und zwar gleich vom Sterbetage an, dem Legatario zugehören sollen. Das gallizische Gesetzbuch (II. Th. §. 472) sagt: „Ist es ein bestimmtes einzelnes Erbstück, so kann er es sogleich fordern." Da nun hier das Gesetz von einzelnen Verlassenschaftsstücken im Allgemeinen spricht, und das Beywort: „bestimmt" hinweggelassen hat, so entsteht nun die Frage, ob der Gesetzgeber hier den schon nach der früheren Gesetzgebung festgesetzten Ausnahmsfall erweitern, und auch auf solche einzelne Verlassenschaftsstücke ausdehnen wollte, welche nur der Gattung nach, aber nicht in specie bestimmt sind, wie, wenn z. B. der Erblasser eine Uhr überhaupt legirt hätte, und sich deren mehrere in der Verlassenschaft befinden? — Hr. Hofrath v. Zeiller commentirt diesen §. dahin, daß er die

Worte: „völlig bestimmt" hinzusetzt, und sich dabey ausdrücklich auf den §. 660 beruft; er ist also der Meinung, daß es der Gesetzgeber bey den früheren Anordnungen belassen habe, — Winniwarter aber erklärt den §. dahin, daß derselbe auch auf das Legat einer Sache von gewisser Gattung, wenn mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden sind, sich beziehe [1]), für welche Meinung auch der Wortlaut des gegenwärtigen §. spricht. — Allein, wenn man den gegenwärtigen §. mit dem nachfolgenden vergleicht, scheint doch die erstere Meinung die richtigere zu seyn, und der Gesetzgeber hier unter den Ausdruck: „einzelne Sache," eine völlig bestimmte Sache verstanden zu haben; denn nur von einer solchen kann die Anordnung gelten, daß dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen, und jeder andere Zuwachs zu Statten komme. Setzen wir z. B.: der Erblasser habe Jemanden aus seiner Stuterey eine Stute legirt. — Nach längerer Zeit meldet sich der Legatar und begehrt die Uebergabe der Stute, welche der Erbe zu wählen hat (§. 656), der Erbe wählt nun eine, welche nach dem Tode des Erblassers ein Junges gebar. Wäre die letztere Meinung die richtige, so könnte der Legatar auch fordern, daß ihm mit der gewählten Stute auch das früher geborne Junge übergeben werde. Wer wollte wohl dieses behaupten? — Die Anordnungen des §. 686 und des §. 1050 gehen offenbar aus Einem Principe hervor, beyde §§. setzen fest, daß die Nutzungen einer Sache sammt dem Zuwachse, welche seit dem Zahlungstage entstanden sind, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist, dem Uebernehmer gebühren. Dieser §. setzt aber offenbar, wie aus dem §. 1051 klar hervorleuchtet, eine bestimmte Sache voraus. Es scheint auch ganz in der Natur der Sache zu liegen, daß die Nutzungen und der Zuwachs einer Sache dem Uebernehmer nur von dem Zeitpuncte an gebühren können, als die bestimmte Sache hätte übergeben werden sollen. Da nun bey einem Gattungs-Vermächtnisse die zu übergebende einzelne Sache nicht schon bey dem eingetretenen Todfalle des Erblassers bestimmt

1) Siehe dessen Abhandlung von dem Zahlungstage der Vermächtnisse in der Wagn. Zeitsch. 1830 IV. Heft, S. 176.

ist, sondern erst in der Folge durch die getroffene Wahl des Erben, Legatars, der dritten Person oder des Gerichtes bestimmt wird (§§. 656 u. 659), so scheint es klar, daß der Gesetzgeber in dem folgenden §. nur eine Sache verstehen konnte, welche bereits bey Ableben des Erblassers völlig bestimmt war. Ist aber in dem folgenden §. der Ausdruck: „einzelnes Verlassenschaftsstück" nur von einer völlig bestimmten Sache zu verstehen, so muß dieser Ausdruck auch im gegenwärtigen §. in eben diesem Sinne genommen werden.

4) Eine weitere Ausnahme tritt nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. bey kleinen, den Dienstbothen hinterlassenen Belohnungen ein, welche gewöhnlich ihren Zweck verfehlten, wenn sie nicht so bald als möglich entrichtet würden; denn sie sollen, wie Herr Professor Winniwarter bemerkt [1]), entweder die größere Bemühung, welche die letzte Krankheit ihnen verursachte, vergelten, oder ein Ersatz für das Aufhören des Dienstes seyn, welches durch den Tod des Erblassers veranlaßt wurde. Welche Belohnungen aber als kleine anzusehen seyen, müßte, wenn darüber ein Anstand erhoben würde, von dem Richter nach Beschaffenheit der Umstände bestimmet werden.

5) Unter frommen Vermächtnissen im Sinne des gegenwärtigen §. verstehe ich diejenigen, welche der Erblasser zur Rettung und Ruhe seiner Seele zu wohlthätigen oder religiösen, sogleich zu realisirenden Zwecken aussetzt. — Ich nehme diese Begriffs-Bestimmung aus dem Hofdecrete vom 1. März 1809; J. G. S. Nr. 885, dessen wörtlicher Inhalt bey Erläuterung des §. 651 Nr. 5 aufgeführt worden ist. Ich scheide also von diesen frommen Vermächtnissen nicht nur allein die Beyträge zum Normalschulfonde, für Krankenhäuser, Armen-Institute, u. s. w., überhaupt zu allen jenen Instituten, zu welchen gesetzliche Beyträge bestehen, — sondern auch die solchen Instituten gewidmeten Legate aus, zu welchen keine gesetzlichen Beyträge bestehen, wozu mich überdieß noch die Betrachtung bestimmt, daß solche Beyträge zu Instituten lediglich dazu dienen, den Instituts-Zweck zu befestigen, nicht aber einen besonderen Zweck erst zu realisiren, daher ihre Entrichtung nicht als dringend angesehen

1) In seiner obigen Abhandlung S. 177.

werden kann, und daß der §. 778 die zu öffentlichen Anstalten gewidmeten Legate, von den frommen Absichten bestimmten Vermächtnissen abgesondert. — Ich scheide ferners von diesen frommen Vermächtnissen auch in Conformität mit Herrn Professor Winniwarter [1]) jene aus, welche zu bestimmten frommen Zwecken und gemeinnützigen Absichten, auf längere oder immerwährende Zeit wirksam seyn sollen, weil diese der Regel nach zur Realisirung eines solchen Zweckes angelegt werden, und dann in Stiftungen übergehen. Solche fromme Vermächtnisse, wie sie der gegenwärtige §. voraussetzt, sind auch gewöhnlich unbeträchtlich, doch glaube ich, daß die Eigenschaft der Geringfügigkeit in dem Begriffe nicht aufzunehmen sey, weil er in dem Ausdrucke: „fromme Vermächtnisse" überhaupt nicht zu liegen scheint, und weil das citirte Hofdecret ausdrücklich verfügt, daß ein solcher der Geistlichkeit zur Rettung und Ruhe der Seele auf fromme Werke legirte Betrag, er bestehe, worin er wolle, sogleich auszufolgen sey. — Vermächtnisse, welche ohne eine bestimmte Verbindlichkeit, bloß zur Rettung und Ruhe der Seele des Erblassers im Allgemeinen überlassen werden, sind sogleich auszufolgen, und zu einem Drittheile auf heilige Messen, und zu zwey Drittheilen zur Vertheilung von Almosen an Arme, denen ein angemessenes Gebeth für den Erblasser zur Pflicht zu machen ist, zu verwenden [2]).

Außer diesen vom Gesetze selbst angeführten Ausnahmsfällen sind noch hierher zu rechnen:

6) Das Legat des Unterhalts. Diese Ausnahme ist ausdrücklich im §. 691 in Verbindung mit dem §. 1418 enthalten. Der Unterhalt ist also dem Legatar gleich nach Ableben des Erblassers auf ein Monath im voraus, und so fort alle Monathe zu entrichten.

7) Das Legat einer Sache von gewisser Gattung, wenn mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden sind, kann gleich nach getroffener Wahl gefordert werden; indem es durch diese Wahl dem Legate einer völlig bestimmten Sache gleich

1) Obige Abhandlung S. 130.

2) Verordn. vom 19. Jänner 1803 und Hofkanzl. Dec. vom 17. September 1812; J. G. S. Nr. 1006.

kömmt. Zur Wahl selbst aber kann der Erbe vor Ablauf eines Jahres nicht gezwungen werden. — Man sagt zwar dagegen, daß der Legatar auf die unverzügliche Vornahme der Auswahl um so mehr zu dringen berechtiget sey, als sonst sein Recht, ein für ihn brauchbares Stück aus der Verlassenschaft zu erhalten (§. 656), durch Veräußerung, Untergang oder Verschlimmerung dieser Sachen vereitelt werden könnte, und dieses zwar um so mehr, wenn der Erblasser eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht hat (§. 657), weil in diesem Falle das Vermächtniß durch das Wegkommen der bestimmten Sachen sogar seine Wirkung verlöre, wenn nicht vielleicht der Erbe aus seinem Verschulden verantwortlich gemacht und auf den Werth der weggekommenen Stücke belangt werden könnte. — Allein der Erbe ist allerdings hierfür verantwortlich, daß er unter den bey dem Ableben des Erblassers in der Verlassenschaft vorfindigen Sachen eine solche wähle, und dem Legatar seiner Zeit übergebe, von welcher er Gebrauch machen kann; denn das Recht des letzteren, ein solches Stück zu verlangen, wird ja nicht erst durch den Zahlungstag, sondern schon durch den Anfallstag desselben begründet. — Für einen bloßen Zufall kann freylich der Erbe nicht haften; allein der Zufall könnte dem Legatar auch das bereits in seinen Händen befindliche Vermächtniß wieder entziehen. Uebrigens ist der Zufall bey einem Gattungsvermächtnisse für den Legatar nicht so gefährlich, wie bey dem Vermächtnisse einer einzelnen bestimmten Sache, indem der Erbe, wenn ihm alle Stücke bis auf ein Einziges zu Grunde gingen, dieses Einzige dem Legatar überlassen muß. Darum wird er, wenn er seinen Vortheil versteht, sich selbst beeilen, die legirte einzelne unbestimmte Sache durch die zu treffende Wahl in eine bestimmte umzuwandeln. Auch dem Legatar stehen indirecte Mittel zu Gebothe, den Erben zur Wahl anzuhalten; denn besorgt derselbe, daß ihm sein Recht, ein brauchbares Stück aus der Verlassenschaft zu erhalten, durch die Uebergabe der Verlassenschaft in die Benützung und Besorgung des Erben (§. 810) vereitelt werden könnte, so kann er fordern, daß die Verlassenschaft, oder wenigstens alle jene Stücke, aus

welchen ihm Eines vermacht ist, entweder vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet werden, in welchem Falle sich der Erbe gewiß zur Wahl entschließen würde.

7) Wenn der Erblasser ausdrücklich angeordnet hat, daß das Vermächtniß zu einer bestimmten Zeit entrichtet werden solle, so kann der Legatar die Uebergabe an dem bestimmten Zeitpuncte, aber auch nicht früher, verlangen.

8) Das Legat einer Forderung, welche der Erblasser an einen Dritten zu stellen hat, ist gleichfalls nichts anderes, als das Legat einer einzelnen, obgleich nur unkörperlichen Verlassenschaftssache, und ist also sogleich nach dem Tode des Erblassers zu entrichten. Die Entrichtung eines solchen Vermächtnisses besteht aber lediglich in der Aushändigung des Schuldscheins und Ausfertigung der Cessions-Urkunde (§. 664 Nr. 2). Die Forderung selbst kann dann von dem Legatar zur Verfallszeit, wenn sie immer eintritt, eingetrieben werden, indem das Sterbejahr dem mit Vermächtnissen Beschwerten, nicht aber dem Verlassenschafts-Schuldner, zu Guten kömmt [1]).

9) Ob dieses Sterbejahr von dem Todestage des Erblassers an, oder erst von dem darauf folgenden Tage zu berechnen sey, ist nach dem gewählten Ausdrucke des §. etwas zweifelhaft. Da aber das bey Erscheinung des gegenwärtigen bürgerlichen Gesetzbuches in Niederösterreich als dießfällige Norm gegoltene Patent vom 12. April 1737 die Worte: „vor Ausgang des Jahres von dem Tode des Erblassers" ausdrücklich dahin erklärt, daß, wenn der Testator zum Exempel den 1. May 1737 gestorben wäre, der Erbe vor den 2. May 1738, als an welchem Tage diese Zeitfrist erst vollkommen verflossen, das Legat abzuführen nicht schuldig seyn solle; so läßt sich wohl nicht leicht zweifeln, daß der Todestag des Erblassers bey der Berechnung wegzulassen sey. Mit dieser Behauptung stimmen auch der §. 472 II. Theil des gallizischen Gesetzbuches, der §. 903 des gegenwärtigen Gesetzbuches, die Analogie des §. 1334 und die über die Berechnung der Fristen in der Gerichtsordnung aufgestellten Vorschriften überein [2]). Uebrigens ist nach der Regel des §. 902

1) Siehe obige Abhandlung S. 183.
2) Obige Abhandlung S. 473.

das Jahr für jeden Fall zu 365 Tagen zu rechnen, daß wenn der Testator zum Beyspiel den 1. May 1832, welches Jahr ein Schaltjahr ist, sterben würde, der Erbe am 1. May 1833 das Legat abzuführen schuldig wäre.

§. 686.

Bey dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen und jeder andere Zuwachs zu Statten. Er trägt hingegen auch alle auf dem Legate haftende Lasten und selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Andern vermindert wird, oder gänzlich zu Grunde geht.

1) Daß hier unter den Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes nur ein solches zu verstehen sey, welches völlig bestimmt ist, wurde bereits bey Erläuterung des vorigen §. nachzuweisen gesucht. Obschon nun ein solches Vermächtniß sogleich nach dem Tode des Erblassers zu entrichten ist, so können sich doch Fälle ereignen, wo ein Aufschub nöthig wird. — Auch kann sich der Fall ergeben, daß weder der Legatar auf die Uebergabe, noch der Erbe auf die Uebernahme dringt. — Indessen ist es doch gerecht, daß den Legatar (so wie bey andern Rechtsgeschäften den Uebernehmer §§. 1050 u. 1064) von der festgesetzten Zeit der Uebergabe der Nutzen oder Schaden treffe. Demnach gebühren einem solchen Legatare seit dem Tode des Erblassers die (von einem bestimmt vermachten Capitale) laufenden Zinsen, die von einem fruchtbringenden Verlassenschaftsstücke abfallenden Früchte, Nutzungen und der Zuwachs, der insbesondere bey einer legirten Gesammtsache, z. B. einer Viehherde, Statt finden kann. — Was den Zuwachs anbelangt, so kömmt es hier strenge auf den Moment des Ablebens des Erblassers an. — Hat z. B. vor dem Momente, als der Erblasser gestorben ist, eine legirte Kuh ein Junges zur Welt gebracht, so gehört dasselbe noch dem Erben, ist aber die Geburt, obgleich in dem

ersten Augenblicke nach dem Tode des Erblassers vor sich gegangen, so gehört das junge Kalb sammt der Kuh dem Legatar. — Die Zinsen eines Capitales können wohl nicht nach Stunden oder Minuten, sondern höchstens nur nach Tagen berechnet werden; es frägt sich daher nur, ob der Tag, an dem der Erblasser starb, noch dem Erben zu Guten kommt, oder ob er zu Gunsten, des Legatars in die Rechnung gezogen werden müsse? — Ich glaube das Erstere. — Es stützet sich diese Meinung auf die Analogie des §. 903, dem zu Folge dem Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit der ganze bestimmte Tag zu Statten kömmt. Bey allen übrigen Früchten kömmt es darauf an, ob sie in dem Momente des Ablebens des Erblassers von der Sache bereits abgesondert worden waren oder nicht. — In dem ersten Falle gehören sie dem Erben, in dem letzteren dem Legatar, ohne Unterschied, ob sie zur Absonderung schon reif waren oder nicht. — Wäre also auch die Fruchtnießung einer bestimmten Sache vermacht worden, so würden, wie von Zeiller bemerkt, wenn der Legatar vor der Uebernahme stürbe, doch die angefallenen Nutzungen auf seine Nachfolger, obschon ihnen kein Anspruch auf das höchst persönliche Recht gebührt, übergehen.

2) So wie aber dem Legatar jeder, von dem Todestage des Erblassers an, aus der Sache zu ziehende Nutzen zu Guten kömmt, so hat er auch alle zur Zeit des Todes mit der Sache verbundenen Lasten zu übernehmen. Unter diesen Lasten können vorzüglich gerechnet werden: a) die von der Sache zu leistenden Abgaben, b) die darauf haftenden Pfandrechte der Gläubiger, c) die Servituten. Es sollen nun diese vorzüglicheren Belastungen einer näheren Erörterung unterzogen werden.

3) Was die auf der Sache haftenden Abgaben anbelangt, so versteht es sich wohl von selbst, daß alle jene, welche bereits verfallen, aber noch nicht entrichtet sind, dem Erben und nicht dem Legatar zur Last fallen. Aber auch die noch nicht verfallenen Abgaben scheinen nicht ganz dem Legatar aufgebürdet werden zu können, sondern zwischen dem Erben und dem Legatar nach dem Verhältnisse der Zeit des Genusses getheilt werden zu müssen.

4) Die auf der legirten Sache haftenden Pfandschaftslasten betreffend, so gehen sie auf den Legatar über. — Für eine erst nach dem Todfalle des Erblassers auf die legirte Sache kommende Pfandschaftslast hat der Erbe dem Legatar zu haften, und ihm hierfür Entschädigung zu leisten. — Ist auf die von dem Erblasser legirte unbewegliche Sache noch bey Lebzeiten des Erblassers eine Pränotirung geschehen, und wird selbe in der Folge gerechtfertiget, so fällt diese Belastung gleichfalls dem Legatar zur Last, da das durch die Pränotirung erlangte bedingte Pfandrecht durch die Rechtfertigung von dem Zeitpuncte des eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht (§. 453). Es entsteht bey dieser Gelegenheit die Frage: gegen wen der Gläubiger die Pränotirung zu rechtfertigen habe, gegen den Erben oder Legatar? — Es kömmt nach meiner Ansicht vor Allem darauf an, welches Petitum der Gläubiger in seiner Rechtfertigungsklage stellet. Stellt der Gläubiger sein Begehren auf Zahlung überhaupt, und zugleich auf die Rechtfertigungs-Erklärung der Pränotirung, dergestalt, daß er sich die Hände nicht binden will, seine Befriedigung nur aus der Sache zu erlangen, worauf er die Pränotirung erwirkt hat, — so scheint er die Rechtfertigungsklage gegen beyde, nähmlich den Erben und Legatar, richten zu müssen. Gegen den Erben, weil ein bloß gegen den Legatar als Particular-Nachfolger des Erblassers geschöpftes Urtheil dem Gläubiger kein Recht geben würde, auch die übrigen Verlassenschaftsstücke zu seiner Befriedigung in Execution zu ziehen; gegen den Legatar, weil lediglich ihm daran liegt, daß das Legat mit dieser Pfandschaftslast nicht beschweret werde, da er im Falle der Rechtfertigung selbe übernehmen muß, ohne von dem Erben dießfalls eine Entschädigung ansprechen zu können. Beschränkt aber der Gläubiger sein Begehren lediglich auf die Rechtfertigungs-Erklärung der Pränotirung, so hat er seine Klage gegen den Legatar allein zu richten, und zwar ohne Unterschied, ob der Legatar bereits als Eigenthümer der legirten Sache in dem öffentlichen Buche eingetragen ist oder nicht. — Zwar kann gegen diese Behauptung eingewendet werden, daß die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage nur gegen den Eigenthümer der Sache, auf

welche die Pränotirung erwirkt worden ist, gerichtet werden könne, welches im vorliegenden Falle der Erblasser ist, der nur durch den Erben, nicht aber durch den Legatar repräsentirt wird. — Allein, daß in den übrigen Pränotirungsfällen die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage gegen den Eigenthümer gerichtet werde, hat seinen natürlichen Grund darin, weil dadurch sein Rechtszustand eine Beschränkung erleiden sollte; im vorliegenden Falle sind es aber lediglich die Rechte des Legatars, als Particular-Nachfolgers, — und nicht die des Erben, als Universal-Successors, die dadurch angegriffen werden. — Indessen wird der Legatar das Recht haben, von dem Erben zu fordern, daß er ihm die in der Verlassenschaft befindlichen Documente, wodurch er sich von den Ansprüchen des Gläubigers schützen könnte, ausliefere, oder wenigstens gestatte, davon den nöthigen Gebrauch zu machen. Uebrigens beziehe ich mich hier auf die Erläuterung des §. 443.

5) Daß der Legatar alle auf der Sache eingetragenen Servituten übernehmen müsse, ist eine klare, ausgemachte Sache. — Aber auch solche Servitutsrechte, welche der Erblasser einer Person besonders eingeräumt hat, die aber bey Lebzeiten des Erblassers nicht intabulirt worden sind, können auch nach seinem Tode, und zwar nicht nur allein, so lange der Erblasser selbst noch an der Gewähr steht, sondern auch später, wenn bereits der Legatar die Anschreibung erwirkt hat, und in so lange geschehen, bis das Eigenthum des Legates an einen Dritten übergeht. Zur Begründung dieser Behauptung berufe ich mich auf den §. 20 des Landtafelpatentes für Böhmen und Mähren [1]), welcher anordnet: „Nach dem Tode des Erblassers kann die Vormerkung einer von demselben herrührenden Verbindlichkeit so lange angesucht werden, als der Erbe desselben der Eigenthümer des von dem Erblasser überkommenen Gutes ist, worauf die Vormerkung angesucht werden soll. Sobald aber das Eigenthum an einen Dritten übergeht, kann die Vormerkung einer solchen Verbindlichkeit, auch wenn sich dieselbe auf eine landtafelmäßige Urkunde gründete, nicht mehr Statt finden." Zwar ist hier nur

1) Vom 22. April 1794; J. G. S. Nr. 171.

von dem Erben die Rede, allein das Landtafelpatent scheint diesen Begriff in einem etwas erweiterten Sinne, als Nachfolger eines Verstorbenen überhaupt, genommen zu haben. Dieses gehet theils aus dem Schlußsatze hervor, wo es unter der hier erwähnten dritten Person offenbar eine solche verstehet, welche ihr Eigenthumsrecht nicht unmittelbar von dem Erblasser herleitet, theils aus dem §. 21, wo es ausdrücklich von einem Universalerben, zum Unterschied eines Erben überhaupt, redet. — Der Legatar erlangt hier das Eigenthum der Sache lediglich aus dem freyen Willen des Erblassers, er ist daher auch gehalten, die Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Erblasser mit seinem Willen an den Besitz der Sache zu knüpfen sich verbindlich machte.

6) Wird die legirte Sache in der Zwischenzeit ohne Verschulden des Erben verschlimmert oder vermindert, oder geht sie ganz zu Grunde, so kann der Legatar von dem Erben keinen Schaden-Ersatz verlangen. Trägt ein Dritter daran Schuld, so kann sich der Legatar an diesen halten.

7) Die Vermächtnisse einzelner Sachen, welche nicht in der Verlassenschaftsmasse vorhanden sind, sondern einem Erben oder Legatar selbst gehören, gebühren dem Legatar erst nach Jahresfrist (§. 685); also gebühren ihm auch nur die seit diesem Zeitpuncte laufenden Zinsen und abfallenden Nutzungen sammt Zuwachs. Die Gefahr geht aber gleich ursprünglich auf den Legatar über (§. 1447).

§. 687.

Wird Jemanden ein in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monathe und dergleichen zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an.

1) Vermächtnisse dieser Art werden, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, gewöhnlich von Fideicommiß-Besitzern den jün-

geren Söhnen (als Apanage) oder den Witwen, dürftigen oder zur Verschwendung geneigten Verwandten, oder verdienten Dienstpersonen ausgesetzt, und öfters auch zu frommen Zwecken bestimmt. — Die römischen Rechtsgelehrten sehen ein solches Vermächtniß, als ein zusammengesetztes, aus so vielen einzelnen Legaten, als seit dem Tode des Testators solche Fristen verfließen, bestehendes Vermächtniß an, aus denen das erste für unbedingt, jedes folgende aber für bedingt, wenn der Legatar die Frist erreicht, betrachtet werden müsse [1]).

2) Der österreichische Gesetzgeber hat dieses Legat von dem nähmlichen Gesichtspuncte aus angesehen. Es erlangt daher auch nach dem österreichischen Gesetzbuche der Legatar, wie bey jedem unbedingten Vermächtnisse (§. 684), mit dem Sterbtage des Erblassers ein Recht auf den ganzen ersten Fristbetrag, welches Recht auch auf seine Nachfolger übergeht, und erlebt er den ersten Tag der weiteren Frist, so erwirbt er gleichfalls wieder ein Recht auf den ganzen ersten Fristbetrag, das er gleichfalls auf seine Erben überträgt, und so fort.

3) Der Zahlungstag eines solchen Vermächtnisses ist der Regel nach der letzte Tag, an welchem die Frist ausläuft. — Eine Ausnahme würde dann eintreten, wenn aus den Worten, deren sich der Testator bediente, oder aus den Umständen deutlich erhellte, daß dieses Fristenvermächtniß ein Unterhaltsvermächtniß seyn soll, in welchem Falle dasselbe in Hinsicht der Entrichtungsweise überhaupt nach den für diese Vermächtnisse erlassenen gesetzlichen Bestimmungen zu behandeln wäre. Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare, daß das Fristenvermächtniß mit Ablauf der Frist in der Art gefordert werden könne, daß, wenn die Frist eine kürzere, als eine jährliche ist, auch der erste Betrag nicht erst, wie bey anderen Vermächtnissen, (§. 685) nach einer Jahresfrist seit dem Tode des Erblassers bezahlt werde. — Dieser Meinung hat sich auch v. Scheidlein in seinem Handbuche des österreichischen Privatrechtes angeschlossen. Dagegen hat Herr Reg. Rath Winniwarter die gegentheilige Meinung ausgesprochen [2]), und behauptet, daß sich die Auslegung

1) Voet comment. ad D XXXIII Tit. I. de aun. leg. et fideic.

2) Wag. Zeitsch. 1830 IV. Heft S. 135.

des gegenwärtigen §. recht wohl dahin machen lasse, daß ein solches Vermächtniß in der bestimmten Frist, z. B. monathlich, entrichtet werden müsse, aber erst von der Zeit an, als der Zahlungstag der Vermächtnisse überhaupt schon vorhanden ist; früher sey der Erbe zu bezahlen nicht schuldig, und der Legatar müsse sich einen Verzug gefallen lassen, welcher nothwendig mit der Verlassenschafts-Abhandlung selbst und mit den Umständen, wie sie gewöhnlich bey Todesfällen eintreten, verbunden ist. Eine Ausnahme trete ein, wenn aus den Umständen hervorginge, der Erblasser habe die Absicht gehabt, daß die Zahlung nach Verlauf der ersten Frist sogleich erfolgen soll. Diese letztere Meinung scheinet auch die richtigere zu seyn. — Es versteht sich jedoch von selbst, daß nach Verlauf des Sterbejahres alle bereits verfallenen Fristen eingefordert werden können. — Gewöhnlich werden in solchen Fällen ohnehin jährliche Fristen festgesetzt, und wenn kürzere Termine bestimmt werden, wird sich meistens ergeben, daß der Erblasser ein Unterhaltsvermächtniß legiren wollte [1]).

4) Wird der Betrag eines solchen Vermächtnisses lediglich durch eine Beziehung bestimmt, indem der Erblasser z. B. einer Dienstperson fortdauernd ihren Jahresgehalt vermacht, so muß der Betrag aus dieser Beziehung, folglich in dem gegebenen Beyspiele aus dem Umstande erhoben werden, welchen Gehalt er derselben zuletzt vor seinem Ableben ausgesetzt hatte (§. 673). Wird ein im Gelde oder Naturalien bestehendes Fristvermächtniß ausdrücklich auf den Ertrag eines bestimmten Stammvermögens (eines Grundstückes oder Capitals) angewiesen und beschränkt; so kann der Legatar nur fordern, daß der Abfall eines Jahres aus dem Uebermaße der nachfolgenden ergänzt werde [2]).

§. 688.

Recht des Legatars zur Sicherstellung.

In allen Fällen, in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung zu fordern berech-

1) Der erste Titel des 33 Buches der Pandekten führt auch die Ueberschrift: d. annuis legatis et fideicommissis.

2) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 5.

tiget ist, kann auch ein Legatar die Sicherstellung seines Legates verlangen. Wie die Einverleibung eines Vermächtnisses zur Begründung eines dinglichen Rechtes geschehen müsse, ist oben §. 437 vorgeschrieben worden.

1) Das gemeine Recht gibt dem Legatare ein gesetzliches Pfandrecht in der Verlassenschaft. — Die Betrachtung, daß kein haltbarer Grund vorhanden sey, dem Legatare ein stärkeres Recht einzuräumen als dem Gläubiger, ordnet das Gesetz hier an, daß der Legatar, in Ansehung des Rechtes, Sicherstellung zu fordern, gleich einem Gläubiger behandelt werden solle. — In welchen Fällen aber dem Gläubiger ein Recht zur Sicherstellung zustehe, ist bereits bey Erläuterung des §. 450 näher beleuchtet worden.

2) Indessen waltet zwischen der Sicherstellung eines Verlassenschafts-Gläubigers und der eines Legatars durch ein Hand- oder Grundpfand ein wesentlicher Unterschied ob. — Der Gläubiger erlangt durch diese Sicherstellung das Recht, aus der verpfändeten Sache, wenn die Befriedigung zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen, und erlangt dadurch nicht nur den Vorzug vor den nicht versicherten Legataren, sondern auch vor allen übrigen Gläubigern, und wenn über die Verlassenschaft der Concurs der Gläubiger eröffnet wird, wird er nach der Zeit des erwirkten Pfandrechts in die zweyte Classe versetzt. Der Legatar aber erlangt durch das erwirkte Pfandrecht keinen Vorzug vor den unbedeckten Gläubigern, ja! nicht einmahl vor den übrigen Legataren, wenn die Verlassenschaft zur Bezahlung sämmtlicher Legate nicht hinreichet, sondern muß sich, so wie die übrigen, einen Abzug gefallen lassen. Daß er keinem Verlassenschafts-Gläubiger vorgehen könne, liegt in der Natur der Sache, indem die Legatare nur in so weit auf die Verlassenschaft einen Anspruch haben, als eine reine Erbschaft erübriget, — aber auch in Bezug auf die übrigen Legatare genießt er keinen Vorrang, wenn die Verlassenschafts-Masse zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreichet, sondern er muß sich in diesem Falle gleich

den anderen Legataren einen Abzug gefallen lassen; denn das Gesetz gibt bey einem Concursus Legatorum nur dem Legate des Unterhaltes einen Vorzug (§. 691); alle übrigen Legate werden gleich behandelt (§. 692), und sogar derjenige, dem das Legat bereits eingehändigt ist, muß sich eine theilweise Rückzahlung gefallen lassen (§. 693). Das wegen einer Legats-Forderung auf ein Verlassenschafts-Stück erlangte Pfandrecht sichert daher den Legatar lediglich vor einer schlechten Gebahrung des Erben mit der ihm zur Benützung und Verwaltung anvertrauten Verlassenschaft, und in so fern erhält der auf diese Art sichergestellte Legatar einen Vorrang vor den übrigen Legataren, daß er seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache fordern kann, während die übrigen Gläubiger lediglich eine persönliche Forderung an den Erben haben, und daher selbst mit ihren Legaten durchfallen würden, wenn er die Verlassenschaft bereits verzehret, und kein eigenes Vermögen hätte.

3) Besteht das Legat in einer einzelnen und unbeweglichen Sache, oder einem sich darauf beziehenden Rechte, so kann der Legatar auf die unverzügliche Uebergabe der Sache oder des Rechtes in den bücherlichen Besitz dringen, und in so fern ihm dieses verweigert werden sollte, die Pränotirung seines Rechtes verlangen, und sich inzwischen auf diese Art und Weise sicherstellen (§. 684, Nr. 2).

§. 689.

Wem ein erledigtes Vermächtniß zufalle.

Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, fällt auf den Nachberufenen (§. 652). Ist kein Nachberufener vorhanden, und ist das ganze Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht; so wächst der Antheil, den Einer von ihnen nicht erhält, den übrigen eben so, wie den Miterben die Erbschaft, zu. Außer den gedachten zwey Fällen bleibt das erledigte Vermächtniß in der Erbschafts-Masse.

1) Das Vermächtniß fällt ordentlicher Weise dem Legatare an, und muß ihm selbst oder seinen Erben entrichtet werden (§§. 684 — 688). Wenn aber derselbe das Vermächtniß nicht annehmen kann, da er zur Zeit des Ablebens des Erblassers zu erben unfähig ist, oder nicht annehmen will, so kommt es auf denjenigen, der von dem Erblasser ausdrücklich für den eingetretenen Erledigungsfall berufen oder substituirt worden ist (§. 652); wobey überhaupt die über die Rechte und Verbindlichkeiten der Nacherben in den §§. 604 — 607 aufgestellten, und in der Erläuterung derselben näher entwickelten Vorschriften anzuwenden sind.

2) In Ermangelung eines Substituten, der das Vermächtniß anzunehmen fähig oder bereit wäre, fällt es in dem Falle, als das Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht worden ist, nach dem vermutheten Willen des Erblassers den Mitlegataren eben so zu, wie den Miterben die Erbschaft. Der hier nicht ganz deutliche und zu Mißverständnissen Veranlassung geben könnende Ausdruck: „ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht," wird durch den §. 560, welcher die Parallel-Stelle enthält, verdeutlichet; und es ist daraus zu entnehmen, daß dieser Ausdruck nicht dahin verstanden werden könne, daß das Zuwachsrecht dann Platz greife, wenn der Erblasser das Vermächtniß in mehrere gleiche Theile getheilt, und jedem Legatare den bestimmten Theil zugewiesen hat, z. B. er hat dem A 1/3, dem B 1/3 und dem C gleichfalls 1/3 einer Sache oder einer Summe vermacht, sondern den Legataren muß das Vermächtniß nur unter dem allgemeinen Ausdrucke „einer gleichen Theilung" zugedacht worden seyn. Hat der Erblasser den Legataren zwar gleiche, aber bestimmte Theile zugewiesen, so tritt die folgende Vorschrift ein [1]). Der Antheil wächst den Mitlegataren, so wie den Miterben, folglich mit der Verbindlichkeit, die Lasten des wegfallenden Legatars zu übernehmen, zu.

---

1) Daß dieser §. des G. B. in diesem Puncte bereits mißverstanden worden ist, beweiset das Werk: Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechtes vom Präsidenten Carl Friedrich von Dalwigk, 2. Th., S. 152.

3) Ist weder ein zum Legate Nachberufener (Nr. 1) noch ein des Zuwachsrechtes fähiger Collegator vorhanden, so hat Niemand ein Recht, von dem Erben das ganz oder zum Theil erledigte Vermächtniß zu fordern; es bleibt also in der Erbschaftsmasse zurück.

§. 690.

Recht des Erben, wenn die Lasten die Masse erschöpfen.

Wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist, so hat der Erbe nichts weiter, als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung zu fordern. Will er den Nachlaß nicht selbst verwalten, so muß er um die Aufstellung eines Curators anlangen.

1) Nach dem gemeinen Rechte muß bekanntlich dem Erben ein Viertheil des Nachlasses übrig bleiben, und er kann zur Ergänzung dieses Viertels die erforderlichen Abzüge von den Legaten machen. Man nennt das gedachte Viertel von dem Urheber des dasselbe begründenden Gesetzes das falcidische, und es wurde eingeführt, um zu verhindern, daß die Erben nicht mit zu vielen Legaten beschweret, und dadurch die Erbschaft auszuschlagen genöthiget würden, welches nach dem älteren römischen Rechte die Ungültigkeit des ganzen letzten Willens zur Folge hatte. Späterhin legte man auch der dem Testamente beygefügten Codicillar-Clausel die Kraft bey, ein testamentum destitutum aufrecht zu erhalten, indem sodann die Intestat-Erben an die Stelle des die Erbschaft ausschlagenden Testaments-Erbens traten, und die Legate bezahlen mußten; allein gleichwohl gestattete man auch in diesem Falle dem Intestat-Erben, so viel von den Legaten abzuziehen, daß für ihn ein Viertheil des Nachlasses als Erbtheil übrig blieb. Hierzu war aber, sobald man die vom Testirer gemachten Legate, auch wenn der Testaments- oder Intestat-Erbe der Erbschaft entsagt hätte, für gültig erklärte, kein zureichender Grund vorhanden; sondern anstatt des entsagenden Erbens kann

ein Verlassenschafts-Curator bestellt werden, welcher die Erbschaft regulirt und die Legate berichtiget. — Man kann zwar zu Gunsten der Anordnung des römischen Rechtes noch anführen, daß die Vermuthung dafür streite, der Erblasser wolle den Erben nicht leer ausgehen lassen. Allein der österreichische Gesetzgeber ging von dem Grundsatze aus, daß die Vermuthung der ausdrücklichen Anordnung des Erblassers, kraft welcher jeder Legatar sein Vermächtniß vollständig erhalten soll, nachstehen müsse, wobey zugleich in Betrachtung gezogen wurde, daß es nicht an Beyspielen von Erbeseinsetzungen fehle, wodurch man in der Ueberzeugung von der Uneigennützigkeit des Erben, diesem durch die Einsetzung eben keinen Gewinn verschaffen, sondern nur die freundschaftliche Zuneigung und das Vertrauen einer genauen Vollstreckung des letzten Willens beweisen will [1]).

2) Uebrigens ist es allerdings den Forderungen der Billigkeit entsprechend, daß der Erbe wegen seiner Berufung zur Erbschaft, wenn er selbe unter den gehörigen Vorsichten antritt (§. 800), keinen Schaden erleide. — Allein, daß der Erbe für seine Mühe und Kosten überhaupt den vierten Theil der Erbschaft erlange, ist kein gerechtes und billiges Ebenmaß. Daher gestattet das österreichische Gesetzbuch im Einklange mit dem preußischen Landrechte [2]) dem Erben, wenn er unter den oben angedeuteten Vorsichten die Erbschaft angetreten, und die Verwaltung der Verlassenschaft selbst zu besorgen auf sich genommen hat, die Vergütung der ausgewiesenen Kosten sowohl, als auch eine seiner Mühe angemessene Belohnung aus der Masse, zu deren Besten der Aufwand gemacht worden ist, von den Legataren in Anspruch zu nehmen. Dabey wird vorausgesetzt, daß der Erbe die Erbschaft bedingt angetreten habe.

3) Es entsteht hier die Frage: ob der Erbe dieses ihm hier gegen die Legatare eingeräumte Recht auch gegen die Gläubiger des Verlasses in dem Falle in Ausübung bringen könne, wenn es sich zeiget, daß keine reine Erbschaft mehr erübrige? — Hat der Erbe unbedingt die Erbschaft angetreten, so versteht es sich

1) Siehe Zeillers Commentar.
2) 1. Th., 12. Titl., §§. 353 — 355.

wohl von selbst, daß er dieses Recht gegen die Gläubiger noch weniger als gegen die Legatare in Ausübung bringen könne, allein auch der bedingt erklärte Erbe kann dieses nicht. — Zur Begründung dieser Meinung berufe ich mich gerade auf den gegenwärtigen §., welcher dem Erben nur dann das obgedachte Recht zuspricht, wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpt ist; was aber von Vermächtnissen gilt, kann nicht auch auf die eigenen Schulden des Erblassers ausgedehnt werden. — Hätte der Gesetzgeber dasjenige, was er hier von Vermächtnissen anordnet, auch auf die Forderungen der Gläubiger ausdehnen wollen, so würde er sich ganz sicherlich anderer Ausdrücke bedient, und verordnet haben: „Wenn die ganze Erbschaft durch Schulden oder Vermächtnisse erschöpft ist" u. s. w. Das Recht des Erben, seine Kosten und Bemühungen in Aufrechnung zu bringen, tritt nach österreichischem Rechte, an die Stelle des früher demselben eingeräumten Rechtes, die quarta Falcidia in Abzug zu bringen, dieser Abzug hatte aber nur gegen die Legatare und nicht auch gegen die Gläubiger Statt. — Würde sich die Sache anders verhalten, so wäre der Zweck der im §. 806 ausgesprochenen Anordnung, daß der Erbe seine gerichtliche Erbserklärung überhaupt nicht widerrufen könne, nicht leicht einzusehen.

4) Will der Erbe aller Sorge und Mühe überhoben seyn, so kann er um die Aufstellung eines Verlassenschafts-Curators ansuchen. Herr Hofrath von Zeiller fügt hinzu, daß er bis zum Verlaufe der Ueberlegungsfrist den Ausgang, ob etwas für ihn erübrigen werde, abwarten könne; er scheint somit anzunehmen, daß der Erbe noch vor Antretung der Erbschaft um Aufstellung dieses Verlaß-Curators ansuchen müsse. Allein der §. meldet hiervon nichts, und der erste Satz desselben setzt offenbar einen Erben voraus, welcher die Erbschaft bereits angetreten hat. Auch sagt der §. 810: „Wenn der Erbe bey Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, ist ihm die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen." Der Ausdruck „überlassen" setzt voraus, daß der Erbe diese Besorgung und Benützung zu übernehmen sich erkläret, und daß sie ihm gegen

seinen Willen nicht überlassen werden könne. Der aufgestellte Verlaß-Curator wird sehr klug handeln, wenn er sogleich auf Richtigstellung des Vermögensstandes dringet, und für den Fall, als die angemeldeten Passiven den Activstand überschreiten sollten, die Eröffnung des Concurses begehrt, auch sich einen Vorschuß aus der Verlaßmasse zu verschaffen sucht, weil im Falle eines erst nach der Hand ausbrechenden Concurses nach §. 14 b. der Concursordnung nur diejenigen ein Vorzugsrecht genießen, welche seit der Eröffnung des Concurses für die Masse gearbeitet haben.

§. 691.

Können nicht alle Legatare aus der Verlassenschaftsmasse befriediget werden, so wird das Legat des Unterhalts vor allen anderen entrichtet, und dem Legatar gebührt der Unterhalt von dem Tage des Erbanfalles.

1) Um den geistigen Sinn des gegenwärtigen §. zu erforschen, müssen wir mit dem Einfachen beginnen, und dann erst auf die zusammengesetzteren Verhältnisse übergehen. — Ich nehme daher vor Allem den Fall an, daß das Vermächtniß des Unterhaltes das Einzige sey, mit welchem der Erblasser den Erben bebürdet hat. In diesem Falle wird nun der Erbe verbunden seyn, dem Legatar die seinem Stande angemessene Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse für die Zeit seines Lebens herzuschaffen (§. 672), und ihm den hierzu benöthigten Betrag monathweise im Voraus einzuhändigen (§. 1418).

2) Der Legatar ist in einem solchen Falle berechtiget auf die Sicherstellung dieses Legates zu dringen, und der Erbe ist verpflichtet, dieselbe binnen einem Jahre zu bewerkstelligen. Besitzt der Erbe kein unbewegliches Gut, worauf er diese Verbindlichkeit intabuliren lassen könnte, so wird ihm nichts anders erübrigen, als ein, den zum Unterhalte zu verwendenden Zinsen, angemessenes Capital in Sicherheit zu bringen, damit von diesen der Unterhalt fortwährend bestritten werden könne. Diese Sicherstellung gehört hier zur vollständigen Entrichtung dieses Legates; denn der Legatar ist den Unterhalt aus der Masse

zu fordern berechtigt, und kann nicht gehalten werden, sich an die Persönlichkeit des Erben anweisen zu lassen. Nach Erlöschung des Vermächtnisses fällt ganz natürlich das Capital zur freyen Disposition an den Erben wieder zurück.

3) Erübrigt nun nach Abzug aller Schulden, anderer pflichtmäßigen Ausgaben (§. 692), dann der von dem Erben zum Besten der Masse gemachten Auslagen, und der für seine Bemühung gesetzlich zu fordern habenden Belohnung noch so viel, daß ein solches angemessenes Capital aus der Verlassenschaftsmasse ausgeschieden werden kann, so unterliegt die Sache keiner Schwierigkeit. Was wäre aber wohl dann Rechtens, wenn die reine Verlassenschaftsmasse nicht hinreicht, ein solches Capital herbeyzuschaffen? — Setzen wir den Fall, der Unterhalt betrage jährlich zweyhundert Gulden. Zur Sicherstellung desselben ist nun wenigstens ein Capital von viertausend Gulden erforderlich, es bleiben aber nach Abzug aller obenberührten Posten nur mehr zweytausend Gulden übrig; muß sich nun der Legatar mit den Interessen dieses Capitals begnügen? — Es ist hier nicht davon die Rede, wenn der Erbe die Erbschaft unbedingt angetreten hat, in welchem Falle ganz besondere Verhältnisse eintreten, die sich, wie in dem Hauptstücke von der Besitznehmung der Erbschaft auseinander gesetzt werden wird, auf die Vermuthung gründen, daß die Verlassenschaftsmasse zur Befriedigung der Legatare und Gläubiger zureichend ist; sondern es wird hier immer der Fall einer bedingten Erbserklärung, und sonach die Errichtung eines Inventariums vorausgesetzt, weil nur dieses allein einen rechtlichen Beweis über den Umstand zu liefern im Stande ist, wie weit die Verlassenschaftsmasse zur Befriedigung aller dieser Posten hinreicht. — Dessenungeachtet erachte ich obige Frage verneinend beantworten zu müssen, und glaube, daß der Erbe in einem solchen Falle verpflichtet werden könne, entweder dem Legatar auf eine andere Weise die zur Bestreitung des legirten Unterhaltes jährlich zu entrichtenden zweyhundert Gulden sicher zu stellen, oder, wenn er dieses nicht bewerkstelligen kann oder will, demselben das erübrigte Capital per zweytausend Gulden ganz in sein Eigenthum zu überlassen. — Die Gründe, die mich zu

dieser Behauptung bestimmen, sind: a) Liegt den in den §§. 690 — 692 ausgesprochenen gesetzlichen Bestimmungen die klare Absicht des Gesetzgebers zu Grunde, daß der Erbe so lange auf einen Erbtheil keinen Anspruch habe, in so lange noch Etwas zur vollständigen Befriedigung der Legatare mangelt. Müßte sich nun im vorliegenden Falle derjenige, dem ein jährlicher Unterhalt legirt worden ist, mit der Hälfte der Zinsen, die zur Bestreitung des Unterhaltes nothwendig sind, begnügen, so würde er an seinem Legate einen Abzug leiden, während dem Erben das zur Sicherstellung dieser Zinsen bestimmte Capital als Eigenthum verbleibt; der Erbe würde also zu einem Erbtheile gelangen, während ein Mangel zur vollständigen Entrichtung des Legates vorhanden ist. b) Sagt der §. 709, daß, wenn der Erblasser Jemanden einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet, dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen seye, daß durch die Nichtbefolgung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle; und der darauf folgende §. 710 verfügt, daß in dem Falle, als der Auftrag nicht genau erfüllet werden kann, man demselben wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen müsse. — Aus diesen gesetzlichen Anordnungen, obschon der von mir gesetzte Fall nicht buchstäblich darunter zu subsummiren ist, ist doch der Wille des höchsten Gesetzgebers zu entnehmen, daß der Erbe die ihm von dem Erblasser auferlegten Verpflichtungen wenigstens nach Möglichkeit zu erfüllen trachten müsse. Dieses geschieht aber im vorliegenden Falle, wo die Zinsen des erübrigten Erbschafts-Capitals zur Bestreitung des Unterhaltes nicht ausreichen, dadurch, daß der Erbe das ganze Capital dem Legatar überläßt, indem sich vielleicht dieser durch eine zweckmäßige Benützung desselben, Ankauf eines Gewerbes, einer landwirthschaftlichen Realität, Anlegung des Capitals auf Leibrenten u. s. w., für seine Lebenszeit den nöthigen Unterhalt versichern kann. Endlich c) spricht auch die offenbare Analogie des §. 650 für diese Behauptung; denn würde z. B. ein Legatar mit dem weiteren Vermächtnisse des Unterhaltes beschweret, so könnte er sich unter dem Vorwande, daß er von dem ihm zugedachten Legate den Unterhalt nicht bestreiten könne,

sich von der Entrichtung desselben auch nicht einmahl theilweise befreyen, sondern er hätte lediglich die Wahl, das Vermächtniß anzunehmen, und dem weiteren Legatar den Unterhalt ganz in dem Maße, wie der §. 673 vorschreibt, abzureichen; oder das ihm zugedachte Vermächtniß demjenigen, dem er den Unterhalt abreichen sollte, zu überlassen. Was hier bey dem Legatar, der mit dem weiteren Vermächtnisse beschwert ist, Rechtens ist, muß es auch in Bezug auf die Person des Erben seyn. Daß, was hier von dem Legate des Unterhaltes gesagt worden ist, muß auch überhaupt von allen Vermächtnissen gelten, wodurch Jemanden ein in wiederkehrenden Fristen zu leistender Betrag vermacht wird (§. 687).

4) Dieses vorausgeschickt gehen wir nun zu den zusammengesetzteren Verhältnissen über, und nehmen an, daß der Erblasser den Erben außer dem Legate des Unterhaltes auch noch mit anderen Vermächtnissen bebürdet hat. Ist die reine Erbschaftsmasse so groß, daß aus selber ein, den zum Unterhalte zu verwendenden Zinsen, angemessenes Capital ausgeschieden, und von dem Reste alle Legatare befriedigt werden können, so unterliegt die Sache gar keiner Schwierigkeit. — Diesen Fall scheint auch das Gesetzbuch für Westgallizien vorauszusetzen, wenn es §. 474, 2. Th., sagt: „Wenn die Verlassenschaft nicht ganz erschöpft ist, so wird das Legat des Unterhaltes vor allen anderen entrichtet." In dieser Gesetzesstelle scheinen sich daher auch die Worte: „vor allen anderen" lediglich auf die Zeit der Entrichtung zu beziehen, und zwar um so mehr, als dieser §. 474 seine Stellung unter denjenigen §§. hat, welche von der Zeit, zu welcher die Vermächtnisse entrichtet werden müssen, handeln. Der gegenwärtige hier zu commentirende §. setzt aber nach seinen Eingangsworten einen Fall voraus, wo die Verlassenschaftsmasse mehr als erschöpft ist, so daß aus selber nicht alle Legatare ihre Befriedigung erhalten können. — Die Worte: „vor allen anderen" können sich daher hier nicht bloß auf die Zeit beziehen, sondern das Gesetz räumet hier offenbar dem Legate des Unterhaltes überhaupt den Vorzug vor allen übrigen Lagaten ein; was auch aus der veränderten Stellung dieses §. hervorleuchtet, indem derselbe aus der Reihe

jener Paragraphe herausgenommen worden ist, welche von der Zeit, zu welcher die Legate zu entrichten sind, handeln. — Nach den Randrubriken sollte man freylich schließen, daß in dem gegenwärtigen §. nur von einem Falle die Rede sey, wo die Lasten die Masse bloß erschöpfen, aber nicht übersteigen; allein bekanntlich haben die Randglossen keine Gesetzeskraft, und können daher einer Auslegung nicht im Wege stehen, welche sich auf den Inhalt des Gesetzes selbst fußet. Das Legat des Unterhaltes belastet daher nicht nur allein den Erben, sondern auch aushülfsweise sämmtliche Legatare, wie bey Erläuterung des folgenden §. umständlicher auseinander gesetzt werden wird.

§. 692.

Recht des Erben, wenn die Lasten die Masse übersteigen.

Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu, so leiden die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig.

1) Bevor von einer Zutheilung eines Verlaßvermögens an den Erben die Rede seyn kann, müssen vor allen die von dem Erblasser selbst contrahirten Schulden, so wie überhaupt alle Verbindlichkeiten, welche der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, berichtiget, und dann auch die pflichtmäßigen Auslagen geleistet werden. — In so fern nach Abzug alles dessen noch ein Verlassenschaftsvermögen erübriget, wird dasselbe erst zur Befriedigung der Vermächtnißnehmer verwendet.

2) Ist nun die erübrigende Verlassesmasse nicht zureichend, um alle Legats-Forderungen daraus berichtigen zu können, so erleiden alle Vermächtnisse, mit Ausnahme des des Unterhaltes, auf welches wir am Schlusse dieses §. wieder zurückkommen werden, einen mit der Größe ihres Werthes verhältnißmäßigen Abzug. — Der Werth der einzelnen Verlassenschaftsstücke wird durch die

gerichtliche Schätzung bestimmt. Bey diesen kann aber von einem Abzug in materiellem Sinne des Wortes keine Rede seyn, sondern das Legat muß in einem solchen Falle um die bestimmte Schätzung in Anschlag gebracht werden, und der Legatar muß die hiernach zu berechnende Abzugssumme bar an die Masse vergüten, oder es wird das Legat versteigert, und dem Legatar der Ueberschuß eingehändigt.

3) Wie der Abfall bey dem Vermächtnisse des Nießbrauchs oder wiederkehrender Leistungen (§. 687) bestimmt werde, hierüber gibt das Gesetzbuch keinen Aufschluß. Herr Hofrath v. Zeiller beruft sich dießfalls auf die Bestimmungen des preußischen Landrechtes, und scheint somit anzunehmen, daß dieselben auch dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches entsprechen, weßhalb ich den Inhalt derselben hier wörtlich anführe [1]). „Legatare, denen nur ein Nießbrauch, oder gewisse jährliche, oder sonst zu gewissen Zeiten fällige Hebungen beschieden sind, tragen zu diesen Lasten nur in so weit mit bey, als nach dem Verhältnisse, wie der Hauptstuhl, aus dem sie diese Hebungen zu erwarten haben, durch den davon zu entrichtenden Betrag geschwächt wird, auch ihr Genuß oder ihre Hebung einen Abfall erleiden müssen. Damit bestimmt werden könne, um wie viel die jährlichen Hebungen solcher Legatare sich vermindern, müssen dieselben zuvörderst zu Capital angeschlagen werden. Mit wie viel Prozent sie zu Capital zu rechnen sind, muß nach dem Alter und der wahrscheinlichen Lebensdauer des Legatars mit Rücksicht auf die bey der nächsten inländischen Witwenverpflegungs-Leibrenten- oder Tontinen-Anstalt angenommenen Grundsätze bestimmt werden. Nach dem Verhältnisse nun, wie von einem solchen angenommenen Capitale zur Uebertragung der Erbschaftslasten abgetragen werden müßte, nach eben diesem Verhältnisse mindert sich die jährliche Hebung des Legatars. Wenn also, zum Beyspiele, von einem jährlich Vierzig Thaler betragenden Legate das Capital Fünfhundert Thaler ausmachen würde, und von den Legaten zu den übrigen Erbschaftslasten fünfzig Prozent beygetragen werden müssen; so muß dieser

1) P. L. R. 1. Th. 12. Titel, §§. 336 — 341.

Legatar mit zwanzig Thalern jährlicher Hebung sich begnügen. In dem Verhältnisse, wie der Vortheil des Hauptlegatars durch den Beytrag zu den Erbschaftslasten geschmälert wird, vermindert sich auch der Vortheil desjenigen, welchem dieser, nach dem Willen des Erblassers, ein Vermächtniß zu entrichten schuldig ist."

Meine Ansicht in Bezug auf diesen Gegenstand ist folgende:

Bey dergleichen Vermächtnissen stößt man schon bey Beantwortung der Frage: ob der Fall des gegenwärtigen §. vorhanden sey? — auf mannigfaltige Schwierigkeiten. — So wie bey dem Legate des Unterhaltes besteht auch die natürlichste Art der Entrichtung dieser Fristen-Vermächtnisse darin, daß ein hierzu angemessenes Capital, dessen Zinsen dem Vermächtnisse gleich kommen, in Sicherheit gebracht werde. — Dessenungeachtet kann man nicht behaupten, daß, wenn ein solches Capital nach Abzug der anderen Vermächtnisse nicht mehr erübriget, der Fall eingetreten sey, daß die Lasten die Verlassenschaftsmasse übersteigen. — Nur dann, wenn das nach Abzug aller übrigen Vermächtnisse noch übrigbleibende Capital, wenn es auf Leibrenten angelegt würde, zur Befriedigung dieses Fristenvermächtnisses nicht zureichte, würde dieser Fall als eingetreten anzusehen seyn. — Bey dem oben aufgestellten Grundsatze, daß der Erbe in so lange, als nicht alle Legatare vollständig befriediget werden, auf keinen Erbtheil Anspruch machen könne, wird nun in dem Falle, als zur Entrichtung des Fristenvermächtnisses kein Capital erübriget, dessen Zinsen dem Vermächtnisse gleich kommen, es in der Willkühr des Erben liegen, dessenungeachtet dem Legatar das Fristenvermächtniß auf eine andere Art und Weise sicher zu stellen, oder demselben das ganze, nach Befriedigung der übrigen Legatare noch erübrigende Capital zu überlassen. Begnügt sich der mit dem Fristenvermächtnisse begabte Legatar damit, so ist die Sache abgethan. Begnügt er sich aber damit nicht, so scheint im Wege der öffentlichen Versteigerung das erübrigte Capital gegen Leibrenten-Entrichtung ausgebothen werden zu müssen; erübrigt aus selber ein Ueberschuß, so kömmt er dem Erben zu Guten, findet sich aber Niemand, der für das Capital so viele Leibrenten anböthe, um damit das Fristenvermächtniß entrichten

zu können, so tritt nun hier der Fall ein, daß nicht alle Vermächtnisse aus der Verlassenschaftsmasse befriedigt werden können, und es müssen sich daher alle Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen. Nun ist erst auszumitteln, wie viel denn eigentlich der Abgang betrage. Die Ausmittelung dieses Abganges geschieht nun durch die einfache sogenannte Regula de Tri.

Gesetzt, es habe Jemand für das erübrigte Capital pr. 2000 fl. jährlich 200 fl. als Leibrenten angebothen, das Fristenvermächtniß betrage aber 300 fl., so ergibt sich folgende Berechnung:

$$200 : 2000 = 300 : X = 3000.$$

Hieraus zeigt sich, daß, wenn anstatt 2000 fl. ein Capital von 3000 fl. erübrigt hätte, das Fristenvermächtniß hätte gedeckt werden können, und daß sohin der eigentliche Abgang 1000 fl. betrage. Um nun zu erfahren, welchen Abzug jeder Legatar erleiden müsse, wird das Fristenvermächtniß im Capitalswerthe von 3000 fl. angesetzt, die Summen aller Legate dann zusammen geschlagen, und folgende Proportion angesetzt: Wie sich die Summe aller Legate zum ganzen Stande der Verlassenschaft verhält, so verhält sich jede einzelne Legats-Forderung zu demjenigen Betrage, den jeder Legatar aus der Verlassenschaft zu erhalten hat.

4) Würde nach Abzug aller übrigen Legate nicht einmahl mehr etwas erübrigen, sondern die Verlassenschaft mit Ausschluß des Fristenvermächtnisses nicht einmahl zur Bezahlung der übrigen Legate hinreichen, so müßte das Leibrenten-Capital dergestalt ausgemittelt werden, daß selbes in einem unbestimmten Betrage nur gegen Bestimmung der Prozenten öffentlich ausgebothen werde. Werden nun z. B. nach dem vorigen Maßstabe zehn vom Hundert des Capitals als Leibrente angebothen, so zeigt sich, daß zur vollständigen Entrichtung des Fristenvermächtnisses ein Capital von 3000 fl. erforderlich sey; dieses Capital wird nun zu den übrigen einzelnen Legatssummen hinzugeschlagen, und auf vorstehende Art ausgemittelt, wie viel jeder Legatar zu erhalten habe.

5) Wird Jemanden die Fruchtnießung einer bestimmten Sache legiret, und es tritt der Fall ein, daß sämmtliche Legatare einen Abzug leiden müssen, so kömmt es darauf an, ob die Sache, worauf ihm die Fruchtnießung zusteht, gleichfalls legirt

sey oder nicht. Im ersten Falle wird der Werth der ganzen Sache, ohne Rücksicht auf die Servitut der Fruchtnießung, in Anschlag gebracht, und der Legatar, dem die Sache als Eigenthum zufällt, zahlt die auf ihn entfallende Quote an die Verlassenschaftsmasse zurück, der Fruchtnießer aber vergütet ihm hierfür die von diesem Betrage jährlich entfallenden landesüblichen Zinsen, weil nur um diesen Betrag seine Fruchtnießung geschmälert wird. Bleibt aber die Sache, worauf dem Legatar die Fruchtnießung zusteht, in der Verlassenschaftsmasse, so wird selbe im vorliegenden Falle ohnehin durch öffentliche Versteigerung in ein Geld-Capital umgewandelt werden müssen, und es wird hier nichts anders erübrigen, als daß das zugedachte Recht der Fruchtnießung nach einem Capitals-Werthe in Geld angeschlagen werde, und dem Fruchtnießer dann die entfallende Entschädigungsquote in Geld ausbezahlt werde. Ein gleiches müßte bey den übrigen, auf einzelne Sachen sich beziehenden Rechte, in Anwendung kommen.

6) Das Legat des Unterhaltes muß, wie bereits im vorigen §. bemerkt worden ist, vor Allem entrichtet werden, und leidet daher im Concurse mit den übrigen Legataren keinen Abzug, sondern es müssen sich die übrigen Legataren in so lange einen Abzug von ihren Vermächtnissen gefallen lassen, als das Legat des Unterhaltes noch nicht vollständig befriedigt ist. Es tritt also hier beynahe das nähmliche Verhältniß ein, als ob die übrigen Legatare zusammen genommen mit dem weiteren Vermächtnisse des Unterhaltes beschwert worden wären, nur mit dem Unterschiede, daß in dem Falle, als das Vermächtniß des Unterhaltes den Werth der übrigen Legate übersteigen sollte, letztere zur Abführung des ersteren Legates für keinen Fall verhalten werden können. Bey Ausmittelung der Frage, ob die Verlassenschaft zureicht, nebst dem Legate des Unterhalts auch die übrigen zu befriedigen oder nicht, müßte auf vorstehende Art und Weise das Leibrenten-Capital ausgemittelt werden.

7) Reicht die Masse nicht einmahl zur Bezahlung der Schulden und anderer gesetzmäßigen Lasten zu, so müssen sich die Legatare selbst den gänzlichen Verlust ihrer Legate gefallen lassen, weil der Erblasser nur über sein reines, freyvererbliches Vermö-

gen nach Wohlgefallen verfügen kann. — So lange daher das Inventarium nicht errichtet, und der Termin zur Einberufung der Gläubiger nicht verstrichen ist (§. 813), ist für den Erben keine beruhigende Gewißheit vorhanden, daß die Verlassenschaft hinreichen werde, alle Nachlaß-Anforderungen zu befriedigen. — So lange nun aus diesem oder einem anderen Grunde eine solche Besorgniß obwaltet, kann der Erbe, ungeachtet der Zahlungstag des Vermächtnisses schon herbey gekommen ist (§. 685), doch nicht verhalten werden, die Vermächtnisse auszubezahlen, ausgenommen der Legatar würde ihm Sicherheit leisten, daß er nach Maß, als sein Vermächtniß zur Befriedigung der Gläubiger und der übrigen Vermächtnisse nothwendig seyn dürfte, die Vergütung leisten werde.

§. 693.

Im Falle aber, daß die Legatare die Vermächtnisse bereits empfangen haben, wird der Abzug nach dem Werthe, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt. Doch steht dem Legatar auch nach empfangenem Vermächtnisse noch immer frey, zur Vermeidung des Beytrages, das Vermächtniß, oder den oben erwähnten Werth und die bezogenen Nutzungen in die Masse zurück zu stellen; in Rücksicht der Verbesserungen und Verschlimmerungen wird er als ein redlicher Besitzer behandelt.

1) Hat aber der Erbe bereits mit oder ohne Sicherstellung Legate berichtiget, und es zeigte sich in der Folge, daß die Erbschaftsmasse zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureiche, so kann er verlangen, daß der befriedigte Legatar eine mit dem Werthe des Legates, welcher nach der Zeit des Empfanges zu bemessen ist, in Verhältniß stehende Rückvergütung leiste, oder, wenn es der Legatar vorzieht, das Legat sammt

den daraus gezogenen Nutzungen, Früchten und Zinsen zurückstelle, in welch' letzterem Falle jedoch dem Legatar der aus der Veräußerung des Legates etwa erzielte Mehrbetrag wieder hinaus zu zahlen wäre; denn der Vermächtnißnehmer konnte nur unter der Bedingung, daß die Erbschaftsmasse ausreiche, das Eigenthum des Legates erwerben (§. 684). Kann der Werth des empfangenen Vermächtnisses nach dem Zeitpuncte des Empfanges nicht mehr ausgemittelt werden, so müßte derjenige Werth, um welchen das Legat in dem Inventar eingetragen erscheint, zur Grundlage genommen werden; denn derjenige, welcher behauptet, daß an diesem Werthe eine Veränderung vorgefallen sey, müßte den Beweis auf sich nehmen, der nach dem Falle der Voraussetzung nicht hergestellt werden kann.

2) In Rücksicht der Verbesserungen und Verschlimmerungen stellt hier das Gesetz den Vermächtnißnehmer einem redlichen Besitzer gleich (§§. 330 — 332). Diese Vorschrift kann aber nur als Regel gelten; denn in dem Falle, als der Legatar von dem Erben ausdrücklich oder stillschweigend, durch die sich bedungene Sicherstellung auf die Gefahr der Zurückstellung aufmerksam gemacht worden wäre, kann er sich noch nicht als unwiderruflicher Eigenthümer der Sache ansehen, und ist sohin verpflichtet, die Substanz der Sache für diesen Fall aufrecht zu erhalten. In diesem Falle würde daher vielmehr die Analogie der §§. 1068 u. 1069 in Anwendung zu kommen haben. Hätte daher der Legatar das Vermächtnißstück aus dem Seinigen verbessert, oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet, so würde er gleich einem redlichen Besitzer den Ersatz anzusprechen haben; würde aber durch sein Verschulden der Werth verändert, oder die Zurückgabe vereitelt, so hätte er allerdings dafür zu haften. — Außer diesem Falle kann aber der Legatar nicht angehalten werden, aus seinem eigenen Vermögen zur Bedeckung eines fremden Vermögens beyzutragen.

§. 694.

Von den gesetzlichen Beyträgen zu öffentlichen Anstalten.

Die Beyträge, welcher ein Erblasser nach den politischen Vorschriften zur Unterstützung der Armen-, Invaliden- und Krankenhäuser und des öffentlichen Unterrichtes in dem Testamente ausgesetzt hat, sind nicht als Vermächtnisse anzusehen; sie sind eine Staatsauflage, müssen selbst von den gesetzlichen Erben entrichtet, und können nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes, sondern nur nach den politischen Verordnungen beurtheilet werden.

1) Der gegenwärtige §. setzt offenbar voraus, daß der Erblasser den gedachten öffentlichen Instituten keine größeren Beyträge ausgesetzt hat, als in den politischen Verordnungen angeordnet ist. Hat derselbe größere Beyträge angeordnet, so ist der Ueberschuß allerdings als ein wahres Legat anzusehen, und nach den Anordnungen des Privatrechtes zu beurtheilen. Daher unterliegt auch derselbe dem Abzuge zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Vermächtnisse (§§. 691 u. 692 Nr. 2); der gesetzliche Beytrag hingegen geht als eine auf der reinen Erbschaftsmasse haftende Staatslast allen Legaten vor, und muß nur den Forderungen der Erbschaftsgläubiger nachstehen.

2) Unter diese gesetzlichen Beyträge zur Unterstützung der Armen können folgende gerechnet werden:

a. Der Beytrag zur armen Bürgerlade in Wien, welcher in Einem Gulden besteht, und aus der Verlassenschaft eines jeden Bürgers daselbst, wenn sie an barem Vermögen oder Verlag nicht unter 50 fl. beträgt, abgereicht werden muß [1]).

b. Die inner den Linien Wiens befindlichen Abhandlungs-Instanzen haben vom 1. November 1806 angefangen, von allen in der Stadt und in dem Armen-Instituts-Bezirke von Wien

1) Hofdecret vom 7. August 1795; Kropatschek's Gesetz-Sammlung Sr. Majestät des Kaisers Franz, 6. Band, S. 82.

abgehandelten Verlassenschaften, welche den Betrag von 100 fl. übersteigen, 1/2 pCt. einzuheben, und an den Wohlthätigkeitsfond abzuführen [1]; dieses versteht sich jedoch nur von denjenigen Verlassenschaften, wo der Erblasser in dem Armen-Instituts-Bezirke Wiens domicilirt hat [2].

c. Eben so haben die Abhandlungs-Instanzen von allen in der Stadt Grätz und ihren Vorstädten vorkommenden Verlassenschaften, welche 100 fl. übersteigen, 1/2 pCt. für den Hauptarmenfond einzuheben [3].

d. Eine gleiche Abgabe ist in Prag zu dem weltlichen Stiftungsfonde zu leisten [4].

3) Beyträge für die Krankenhäuser sind angeordnet:

a. Von jeder Verlassenschaft inner den Linien Wiens, welche den reinen Betrag von 500 fl. W. W. übersteigt, und nicht 1000 fl. erreichet, ist Ein Gulden W. W.; von 1000 bis 5000 fl. von jedem 1000 zwey Gulden; von 5000 bis 10,000 fl. von jedem 1000 zwey Gulden dreyßig Kreutzer; von 10,000 bis 25,000 fl. von jedem 1000 drey Gulden; von 25,000 bis 50,000 fl. von jedem 1000 drey Gulden dreyßig Kreuzer; von 50,000 bis 75,000 fl. von jedem 1000 vier Gulden, und von 75,000 fl. weiter von jedem 1000 vier Gulden dreyßig Kreuzer zu entrichten [5]. Doch sind die in Wien vorfallenden Verlassenschaften der Personen, die der Militär-Gerichtsbarkeit unterliegen, sowohl von dem Beytrage zum allgemeinen Krankenhause, als zum Wohlthätigkeitsfonde befreyt [6]. Uebrigens macht es keinen Unterschied, ob die Verlassenschaft allodial oder fideicommiß sey [7].

---

1) Hofdecret vom 30. August 1806; J. G. S. Nr. 782.

2) Hofkanzley-Decret vom 7. Juny 1821; Gesetzs. für Oesterreich unter der Enns 3. B., S. 361.

3) Hofdecret vom 15. Juny 1816; J. G. S. Nr. 1259.

4) Hofdecret vom 9. April 1817; J. G. S. Nr. 1331.

5) Decret der Central-Finanz-Hofcommission vom 21. September 1811; J. G. S. Nr. 959.

6) Hofkanzley-Decret vom 28. April 1807; J. G. S. Nr. 107.

7) Hofdecret vom 17. Juny 1808; J. G. S. Nr. 344.

b. Ein ganz gleicher Beytrag ist in Lemberg zum Besten des dortigen Krankenhauses angeordnet [1]), welcher Anordnung die erläuternde Bestimmung nachfolgte, daß 1) unter dem Ausdrucke: Verlassenschaften, welche inner den Linien Lembergs vorfallen (mit Ausnahme der Militär-Verlassenschaften) jene zu verstehen seyen, deren Erblasser ihren gewöhnlichen Wohnort zu Lemberg hatten, dieser mag nun geistlichen, adeligen oder unadeligen Standes gewesen seyn; 2) daß die gesetzlich vorgeschriebene Gebühr von dem ganzen beweglichen und unbeweglichen Nachlasse, bloß mit Ausschluß des in einer anderen Provinz gelegenen Vermögens, berechnet werde; dagegen die Berechnung desselben bey dem Nachlasse eines Erblassers, welcher außer den Linien Lembergs sich aufhielt, gar nicht, auch selbst dann nicht eintrete, wenn gleich unter dem Nachlasse eine inner den Linien Lembergs gelegene Realität sich befände [2]).

4) In Ansehung der Beyträge zum Schulfonde besteht die Anordnung, daß in allen deutschen Erbländern (mit Ausnahme Galliziens) von jeder Verlassenschaft, wenn das reine Vermögen 300 fl. oder darüber beträgt, eine bestimmte Abgabe für den Normal-Schulfond, und zwar: von dem Prälaten- und Herrenstande bey jedem Sterbfalle eines Familienhauptes, worunter auch die Ehegattinnen und Witwen zu rechnen sind, vier Gulden; von dem Ritterstande, den Honoratioren und dem Handelsstande zwey Gulden; von den Professionisten, Bürgern und Bauern ein Gulden durch die Abhandlungs-Instanzen, und zwar ohne Rücksicht, ob dem Erben die Verlassenschaft aus dem Gesetze oder aus einem Testamente zufällt, abgenommen werden sollen [3]). Dieses gilt auch von dem Militärstande dergestalt, daß bey Absterben eines Familienhauptes der obige Beytrag von der Generalität mit vier Gulden, von den Stabsofficieren mit Einschluß der Obersten mit zwey Gulden, vom Hauptmann oder Rittmeister abwärts, mit einem Gulden abzuziehen seye. Die

1) Hofdecret vom 8. September 1816 Nr. 1220.
2) Hofkanzley-Decret vom 19. Februar 1817; J. G. S. Nr. 1317.
3) Hofdecret vom 1. December 1783; J. G. S. Nr. 926.

Militärbeamten aber sind nach dem ihrer Charge zustehenden Range zu behandeln [1]). Unter die Honoratioren gehören auch geistliche Personen, die keine Prälaten sind, wie auch die Witwen von Gutsbesitzern [2]).

Hat der Erblasser zu den sub 2 und 3 berührten Zwecken ausdrücklich einen Beytrag vermacht, so ist er ohne Zweifel in die gesetzliche Gebühr einzunehmen, in Hinsicht des Schulfonds-Beytrags ist in den citirten Verordnungen aber besonders vorgeschrieben, daß, wenn der Erblasser einem besonderen Schulfonde etwas vermacht hat, dessenungeachtet zum allgemeinen Schulfonde der gesetzliche Beytrag zu leisten sey.

5) In Bezug auf die Art und Weise, wie die gesetzlichen Beyträge zu öffentlichen Anstalten zu entrichten sind, bestehen folgende Vorschriften:

Bey jenen Verlassenschaften, deren Erblasser am 15. März 1811 oder später gestorben sind, sind die gesetzlichen Legate für das Krankenhaus, Wohlthätigkeits-Anstalten, oder zu was immer für einem öffentlichen Zweck, in so fern sie in einem bestimmten Geldbetrage bestehen, in demselben Betrage, jedoch in der Valuta der Einlösungsscheine, und in so fern sie mit einem bestimmten Percent von dem ganzen Verlassenschafts-Vermögen bemessen sind, ebenfalls in Wiener-Währung, jedoch nach vorläufiger Reduction der Verlassenschaft auf dieselbe Valuta abzunehmen [3]). Dagegen sind die Verlassenschafts-Beyträge für den Normal-Schulfond vom 1. November 1822 angefangen in Conventions-Münze einzuheben. Es sind daher vom 1. November 1822 angefangen alle Verlassenschaften zu diesem Zwecke in Conventions-Münze zu berechnen [4]). Auf die Frage, in welcher Art die Bezahlung solcher Gebühren, wenn die Verlassenschaft ganz oder zum Theil in öffentlichen Obligationen besteht, gefordert werden könne? — wurde folgende Weisung gegeben [5]):

---

1) Hofkanzley-Decret vom 26. May 1803; J. G. S. Nr. 843.

2) Hofdecret vom 10. August 1810 Nr. 910.

3) Hofdecret vom 31. August 1811; J. G. S. Nr. 955.

4) Studien-Hofcommissions-Decret vom 20. July 1822; P. G. S. 50. Bd., S. 563.

5) Hofkanzley-Decret vom 4. März 1823.

Wenn Gebühren, welche sich nach dem Betrage des Vermögens richten, von Staatspapieren was immer für einer Gattung, oder von Bankactien entrichtet werden sollen, und den Betrag nicht erreichen, der in Papieren gleicher Gattung berichtigt werden kann, so sind die Staatspapiere oder Bankactien in Conventions-Münze nach dem Curse in Anschlag zu bringen, in dem sie an dem Tage der Zahlungs-Verbindlichkeit auf der Wiener-Börse (bey den Rent-Urkunden des Monte des lombardisch-venetianischen Königreiches auf der Mayländer-Börse) gestanden sind. Ist an diesem Tage kein Börsezettel erschienen, so wird der Curs des letzt vorhergegangen Börsetages zur Richtschnur genommen. — Von dem nach dem Curse berechneten Capitale sind die Gebühren in Conventions-Münze oder Bank-Noten bar zu entrichten. Sind der Staatspapiere oder Bank-Actien so viele, daß die Gebühren in einer verhältnißmäßigen Anzahl von Staatspapieren gleicher Art, oder in Bank-Actien entrichtet werden können, so hat die zur Zahlung verpflichtete Partey die Wahl, die Gebühren in Papieren gleicher Gattung, oder nach dem auf oben erwähnte Art berechneten Curse in barem Gelde zu entrichten.

Zwölftes Hauptstück.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

§. 695.

Recht des Erblassers zur Einschränkung oder Aenderung des letzten Willens.

Der Erblasser kann seine Anordnung auf eine Bedingung, auf einen Zeitpunct, durch einen Auftrag, oder eine erklärte Absicht einschränken. Er kann auch sein Testament oder Codicill abändern, oder es ganz aufheben.

Diese Anordnung beruht auf den Grundsätzen, daß der Eigenthümer frey über sein Vermögen verfügen kann, daß sein erklärter Wille befolgt werden soll, und daß ein erklärter letzter Wille dem Begriffe nach schon widerruflich sey (§. 552).

§. 696.

Arten der Einschränkung des letzten Willens: 1) Bedingung.

Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht. Sie ist aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt; sie ist auflösend, wenn das zugedachte Recht bey ihrem Eintritte verloren geht.

1) Das Wort Bedingung hat sowohl nach dem gemeinen als auch nach dem juridischen Sprachgebrauche mehrfache Bedeutungen. Oft versteht man unter einer Bedingung alles, was den Grund von der Existenz einer Sache oder eines Rechtes enthält, oder die zur Entstehung derselben nothwendigen Erfordernisse; oft alles, was durch einen Vertrag verabredet (bedungen) wird; oft von dem Zeitworte „b e d i n g e n," den Vertrag selbst;

oft jede Beschränkung, oder einen jeden Vorbehalt bey einer Erklärung, und endlich oft einen bey Geschäften unter den Nebenbestimmungen vorkommenden Umstand, von welchem ein Recht abhängig gemacht wird *).

2) Das Gesetzbuch selbst erklärt hier Bedingung, als eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Diese Bedeutung des Ausdruckes „Bedingung" ist offenbar nur von einer gewissen Art derjenigen rechtlichen Bestimmungen zu verstehen, welchen das Gesetzbuch die Benennung „Bedingung" beygelegt hat, und nicht jedes Mahl, wo in dem Gesetzbuche dieser Ausdruck vorkömmt, ist diese Definition in Anwendung zu bringen. — Wenn man indessen sich jene §§. des Gesetzbuches vor Augen hält, in welchen der Ausdruck „Bedingung" vorkömmt, so wird man finden, daß diese Definition auf alle jene §§. passe, in welchen der Ausdruck „Bedingung" als ein selbstständiger, charakteristischer Begriff erscheint, und nicht als bloßes Synonimum eines anderen Ausdruckes vorkömmt.

3) Das Gesetz nennt die Bedingung eine Ereignung, von welcher ein Recht abhängig gemacht wird. Aus diesen Worten könnte man schließen, daß das Recht auch immer von dem Eintreffen des Ereignisses abhängt. Allein, daß dieses nicht so ist, beweiset gleich der nachfolgende Satz; es dürfte daher zur Vervollständigung dieser Definition auch dieser nachfolgende Satz in selbe aufgenommen, und daher die Definition dahin gegeben werden: Bedingung ist eine Ereignung, von deren Erfolg oder Nichterfolg ein Recht abhängig gemacht wird.

4) Die Ereignung, von deren Erfolg oder Nichterfolg ein Recht abhängig gemacht wird, kann entweder von dem Gesetzgeber selbst, der das Rechtsverhältniß bestimmt, oder von einem Privaten bey Uebertragung eines Rechtes bestimmt werden; im ersten Falle kann man sie eine gesetzliche Bedingung nennen. In dem Begriffe der Bedingung liegt also keineswegs,

*) Siehe des Herrn Professors Dr. Joseph Helm Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen nach dem österr. allg. bürgerlichen Gesetzbuche. Wagners Zeitsch. 1825. 4. Heft, S. 206.

daß selbe ein von den Parteyen willkührlich beygegefügter Umstand sey. Wenn der Gesetzgeber in dem §. 695 sagt: daß der Erblasser seine Anordnung auf eine Bedingung einschränken könne, oder wenn er in der Nebenschrift des §. 897 andeutet, daß die Vertrag schließenden Theile ihren Erklärungen, einander Rechte zu übertragen, auch Bedingungen anfügen können; so folgt daraus nicht, daß, wenn der Gesetzgeber selbst ein Recht von einem gewissen Ereignisse abhängig macht, diese gesetzliche Anordnung unter den Begriff von Bedingungen nicht subsummirt werden könne. — Daß indessen im gegenwärtigen Hauptstücke nicht von gesetzlichen Bedingungen, sondern von solchen die Rede sey, welche durch den bloßen Willen des Erblassers festgesetzt werden, ist nach Inhalt des vorhergehenden §. nicht zu bezweifeln. — Will man daher den Begriff der Bedingung nur auf die §§. 697 — 703, dann §§. 897 — 899 beschränken, so kann man allerdings die Definition dahin geben: Bedingung ist ein von dem Erblasser oder den Vertrag schließenden Theilen festgesetzter, zu den zufälligen Bestimmungen eines auf Uebertragung der Rechte gerichteten Factums gehöriger Umstand, von welchem ein Recht abhängig gemacht wird.

5) Herr Professor Helm [1]) hat in den Begriff der Bedingung auch die weitere Bestimmung aufgenommen, daß sie ein außer dem Kreise der rechtlichen Verpflichtung liegender Umstand sey; allein ich glaube diesen Beysatz weglassen zu müssen. Dieser gründliche Schriftsteller motivirt zwar die Aufnahme dieses Merkmahles in den Begriff der Bedingung dadurch, daß er sagt: der Erfolg oder Nichterfolg einer Ereignung, welcher die Bedingung ausmacht, werde von dem Bedachten oder Promissar nicht als Leistung, hiermit die Realisirung der Bedingung nicht als Pflicht übernommen. — Aus diesem Grunde finde man auch nirgends die Vorschrift aufgestellt, daß es Pflicht sey, die Bedingung zu realisiren. — Allein aus diesen ganz richtigen Bemerkungen fließt nach meiner

1) In seiner obigen Abhandlung.

Ueberzeugung nur so viel, daß in dem Begriff der Bedingung nicht auch das Merkmahl, daß sie ein inner dem Kreise der rechtlichen Verpflichtung liegender Umstand sey, aufgenommen werden könne, nicht aber dieses Merkmahl von dem Begriffe ausgeschlossen werden müsse, indem ja der Erblasser oder Pasciscent das zu übertragende Recht von Erfüllung einer Verpflichtung abhängig machen kann.

6) Von den Bedingungen lassen sich nach Verschiedenheit des Eintheilungsgrundes mehrere Eintheilungen machen. In Rücksicht der Art und Weise, wie eine Ereignung als Bedingung gesetzt wird, sind die Bedingungen entweder bejahende (affirmative) oder verneinende (negative). Nach Inhalt des gegenwärtigen §. ist eine bejahende Bedingung dann vorhanden, wenn von dem Erfolge, und eine verneinende, wenn von dem Nichterfolge der Ereignung ein Recht abhängig gemacht wird. Ein Beyspiel von einer bejahenden Bedingung enthält die Erklärung: A soll ein Legat von 100 fl. erhalten, wenn er Doctor der Rechte wird; und von einer verneinenden die Erklärung: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, wenn er die B nicht heirathet.

7) In Rücksicht der Art und Weise, wie das Recht abhängig gemacht wird, sind sie entweder aufschiebende oder auflösende Bedingungen. Wird nähmlich das Recht dergestalt von einer Bedingung abhängig gemacht, daß dasselbe erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt, so ist die Bedingung eine aufschiebende. Ein Beyspiel enthält die Erklärung: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, wenn er die B heirathet. Wird hingegen das Recht dergestalt abhängig gemacht, daß dasselbe bey dem Eintritte der Bedingung verloren gehen soll; so ist eine auflösende Bedingung vorhanden, z. B. A soll mein Erbe seyn; er soll aber das Erbrecht verlieren, wenn er die B heirathet.

Der gegenwärtige §. führt nur die hier erörterten Eintheilungen auf, da aber die folgenden §§. noch andere voraussetzen, so füge ich die weiteren Eintheilungen hier an [1]).

1) Ich folge bey dieser Auseinandersetzung größtentheils der obigen Abhandlung des Herrn Professors Helm.

8) In Hinsicht der Gewißheit ihres Eintrittes theilt man die Bedingungen in nothwendige (necessariae) und nicht nothwendige (non necessariae) ein. Die nothwendigen Bedingungen bestehen in solchen Umständen, welche eintreten müssen, die nicht nothwendigen aber in solchen, welche in Hinsicht ihres Eintrittes noch ungewiß sind. Als Beyspiel einer nothwendigen Bedingung wird die Erklärung angegeben: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, wenn er die B (die bereits todt ist,) nicht heirathet.

9) In Hinsicht der Realisirbarkeit des als Bedingung gesetzten Umstandes sind die Bedingungen entweder mögliche, oder unmögliche, je nachdem der Umstand, von welchem das Recht abhängig gemacht wurde, so wie er gesetzt ist, in den Zusammenhang wirklicher Erscheinungen eintreten kann oder nicht. Man muß von den unmöglichen Bedingungen die bloß „schweren Bedingungen" unterscheiden, die zwar mit großer Schwierigkeit, aber doch erfüllt werden können, und daher immer in die Classe der möglichen gehören. — Dagegen ist es gleichgültig, ob die Realisirung des Umstandes den Denkgesetzen selbst, oder nur den bisher bekannten Gesetzen und den aus der Erfahrung entnommenen Erkenntnissen widerspricht. Man nennt die ersteren vorzugsweise absurde Bedingungen, z. B. A soll mein Erbe seyn, wenn er einen viereckigen Zirkel zeichnen wird.

10) Die Bedingungen theilen sich ferners in erlaubte und unerlaubte. Das Gesetz selbst gibt keine Erklärung von diesen Bedingungen, und überläßt sohin dieselbe der Doctrin. Herr Professor Helm gibt demnach hier folgende Erklärung: eine unerlaubte Bedingung ist jede wider ein Justiz- oder politisches Verbotsgesetz laufende Handlung, von welcher ein Recht dergestalt abhängig gemacht wird, daß ihre Existenz dem Handelnden einen Vortheil verschaffen soll, woraus sich zugleich der Begriff einer erlaubten Bedingung ergibt. — Handlungen, die durch kein Gesetz der bürgerlichen Freyheit entzogen sind, können, wenn sie auch wirklich dem Moralgesetze widerstreiten, nach dieser Ansicht keine unerlaubte Bedingung in dieser Hinsicht constituiren. Dieses ergebe sich aus der eigenthümlichen Bedeutung des Wor-

tes „unerlaubt", indem dieses als Gegensatz des Wortes „erlaubt" allzeit etwas bezeichnet, was dem rechtlichen Vermögen entzogen oder aus der bürgerlichen Freyheit gesetzt wurde. Daß der Gesetzgeber wirklich diese Bedeutung mit dem Worte „unerlaubt" verbinde, sey aus mehreren Gesetzesstellen ersichtlich, wo dasselbe vorkommt, wie z. B. aus den §§. 878 und 1174 des b. G. B. Wollte man hier unter dem Unerlaubten auch jene Handlungen verstehen, die zwar in der bürgerlichen Freyheit liegen, aber doch dem Sittengesetze widerstreiten, so wäre bey dieser Ansicht die Sicherheit des Verkehrs beynahe gänzlich untergraben; denn da würde es wenige Geschäfte geben, die gegen jede Anfechtung gesichert wären, und dann würden gewisse rechtliche Folgen an Umstände geknüpft erscheinen, über deren Daseyn dem Richter, weil der Mensch den sittlichen Werth einer Handlung gehörig zu würdigen außer Stand ist, die nöthige Ueberzeugung nicht verschafft werden könnte. — Allein ich kann dieser Ansicht nicht ganz beypflichten. — Gerade der §. 26 des b. G. B., welchen der Herr Verfasser selbst anführt, stellt sich mir der Annahme obiger Definition entgegen; denn er nennt unerlaubte Gesellschaften diejenigen, welche durch die politischen Gesetze insbesondere verbothen werden, oder — — den guten Sitten widerstreiten, und beschränkt daher den Ausdruck „unerlaubt" nicht auf die Uebertretung eines Justiz- oder politischen Gebothes oder Verbothsgesetzes. Ferners glaube ich, daß der Ausdruck: unerlaubt, welcher im §. 878 vorkömmt, nicht in der oben angegebenen Bedeutung genommen werden könne; denn schon nach dem natürlichen Privatrechte wird mit gewichtigen Gründen der Satz vertheidiget, daß die Uebertretung einer völlig bestimmten ausnahmslosen Pflicht, wenn sie auch nur durch das Tugendgesetz gebothen ist, nie zum Gegenstande eines gültigen Vertrages gemacht werden könne. Ein (äußeres) Recht, frey gegen das Tugendgesetz zu handeln, ist, wie v. Zeiller bemerkt, indem Moralität zwanglos seyn muß, denkbar, aber ein Recht, Jemanden zu einer Handlung, welche offenbar dem Tugendgesetze widerstreitet,

zu zwingen, ist eben aus diesem Grunde ein Unding [1]). Der Ausdruck „unerlaubt" im §. 878 kann sich daher nicht bloß auf solche Handlungen beschränken, welche von der Justiz- oder politischen Gesetzgebung als verbothen erklärt sind, sondern muß sich auch auf jene Handlungen ausdehnen, welche einer völlig bestimmten ethischen Pflicht widerstreiten. Die Sicherheit des Verkehrs würde nur in dem Falle leiden, wenn man diesen Ausdruck „unerlaubt" auch auf unvollständig bestimmte, nicht unter allen Umständen obliegende Pflichten ausdehnen wollte. Noch erübrigt mir zu zeigen, daß der Ausdruck „unerlaubt" im gegenwärtigen §. gerade in jener Bedeutung zu nehmen seye, in welcher er im §. 878 vorkömmt. Zum Beweise dessen berufe ich mich auf den §. 898. Hier heißt es: Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bey einem letzten Willen für nicht beygesetzt angesehen werden, sind ungültig. — Man kann also auch umgekehrt sagen: Bedingungen, welche, wenn sie den Verabredungen beygerückt werden, diese Verabredungen selbst ungültig machen, werden bey letzten Willens-Erklärungen, in so fern sie selbe nicht ungültig machen, für nicht beygesetzt gehalten. Nun ist aber aus dem Gesagten zu entnehmen, daß Verabredungen unter einer einem völlig bestimmten ethischen Gesetze widerstreitenden Bedingung ungültig seyen, folglich ist auch eine solche Bedingung bey einer letzten Willens-Erklärung für nicht beygesetzt zu achten. Aus diesem folgt, daß die Difinition einer unerlaubten Bedingung folgendergestalt lauten müsse: eine unerlaubte Bedingung ist jede wider ein ausdrücklich positives, natürliches Rechts-, — oder völlig bestimmtes Tugendgesetz laufende Handlung, von welcher ein Recht dergestalt abhängig gemacht wird, daß ihre Existenz dem Handelnden einen Vortheil verschaffen soll. — Die gesetzwidrige Handlung, welche als Bedingung gesetzt wurde, muß eine Handlung desjenigen seyn, dem ein Vortheil zugedacht oder versprochen wurde. Gesetzwidrige Handlungen eines Dritten, der aus der Existenz derselben kei-

1) Siehe das natürliche Privatrecht vom Herrn Hofrath v. Zeiller und Herrn Regierungsrathe v. Egger §. 104.

nen Vortheil ziehen kann, können keine unerlaubten Bedingungen ausmachen. — Auch muß das Recht dergestalt von einer gesetzwidrigen Handlung abhängig gemacht werden, daß die Existenz derselben dem Handelnden einen Vortheil verschaffen soll. Dieses Merkmahl muß aus der Ursache in den Begriff einer unerlaubten Bedingung aufgenommen werden, weil der Gesetzgeber nur dann einen Grund haben kann, die Bedingung als nichtig zu erklären, wenn an die Existenz der gesetzwidrigen Handlung ein Vortheil für den Handelnden geknüpft ist. — Ist hingegen die unerlaubte Handlung dergestalt als Bedingung gesetzt, daß aus ihrer Existenz für den Handelnden kein Vortheil, sondern ein Nachtheil zu erwarten ist, so kann man die Bedingung nicht als eine unerlaubte, sondern vielmehr als eine lobenswerthe Bedingung erklären, die sich des Schutzes der Gesetze zu erfreuen hat.

11) Die möglichen und erlaubten Bedingungen lassen sich wieder in willkührliche, zufällige und gemischte eintheilen. Ueber den Begriff derselben herrschen unter den Rechtsgelehrten verschiedene Ansichten. Nach dem §. 699 des G. B. werden unter die willkührlichen diejenigen zu rechnen seyn, deren Eintritt bloß von der Willkühr eines Menschen, zufällige, deren Eintritt bloß vom Zufalle, und gemischte, deren Eintritt theils von der Willkühr eines Menschen, theils vom Zufalle abhängt. Hängt der Eintritt derselben bloß von der Willkühr des Erben, Legatars oder Promissars ab, so kann man sie willkührliche Bedingungen im engeren Sinne nennen, so wie auch der Zufall im weiteren Sinne auch die von der Willkühr eines Dritten abhängigen Handlungen in sich begreift (§. 722).

12) Die Bedingungen sind ferners entweder wiederhohlbare oder unwiederhohlbare, je nachdem der die Bedingung ausmachende Umstand von dem Berechtigten nach Belieben wieder hervorgebracht werden kann, so z. B. ist die Bedingung, wenn A eine Reise in das Ausland unternimmt, eine wiederhohlbare, die Bedingung aber, wenn A die B heirathet, eine unwiederhohlbare. Selbst die Bedingung, wenn A heirathet, halte ich im Sinne des §. 701, in so lange der Berechtigte verheirathet ist, für unwiederhohlbar, weil die Wiederhohlung nicht

lediglich von der Willkühr des Berechtigten, sondern auch von einem bloßen Zufalle abhängt, und der Ausdruck: „wiederhohlbar" sich lediglich auf eine willkührliche Handlung zu beziehen scheint.

13) Sieht man auf die Zeit, auf welche der Erfolg oder Nichterfolg einer Ereignung, hiermit der Eintritt einer Bedingung eingeschränkt wird, so sind die Bedingungen entweder conditiones in praeteritum, oder in praesens, oder in futurum collatae. Die conditio in praeteritum collata besteht in einem Umstande, welcher nach der Erklärung entweder schon vor dem letzten Willen, oder vor dem Vertrage eingetroffen seyn soll; die conditio in praesens collata besteht in einem Umstande, welcher nach der Erklärung zur Zeit des letzten Willens oder des Vertrages eingetroffen seyn soll; die conditio in futurum collata ist jene Bedingung, wo das Recht von einem erst nach dem letzten Willen oder dem Vertrags-Abschlusse einzutretenden Umstande abhängig gemacht wird.

§. 697.

Vorschriften: a) über unverständliche Bedingungen.

Ganz unverständliche Bedingungen sind für nicht beygesetzt zu halten.

1) In Bezug auf ihre Verständlichkeit können die Bedingungen in verständliche und unverständliche eingetheilt werden. Erstere sind solche Bedingungen, in welchen man den Willen des Erklärenden deutlich entnehmen kann; letztere hingegen sind solche, in welchen man den deutlichen und vollständigen Willen des Erklärenden zu erforschen außer Stande ist. — Oft läßt sich auf den ersten Augenblick ein faßlicher, zusammenhängender und vollständiger Sinn nicht entnehmen, allein eine wiederhohlte aufmerksame Durchlesung des ganzen Contextes, die Vergleichung anderer Schriften des Erblassers, die Erforschung seines besonderen Sprachgebrauches, oder der der Erklärung vorhergehenden oder nachfolgenden Handlungen klären nicht selten die unverständlich scheinenden Ausdrücke des Erblassers dergestalt auf, daß ein vernünftiger Sinn aus denselben herausgebracht werden kann.

2) Bleibt aber die einem Vermächtnisse oder Erbeseinsetzung beygesetzte Bedingung wirklich ganz unverständlich, so ist sie für nicht beygesetzt zu halten, und der Bedachte erhält den Nachlaß eben so, als wenn er ihm unbedingt hinterlassen worden wäre; denn der Wille des Erblassers, daß der Bedachte die Erbschaft, einen Theil derselben, oder ein Vermächtniß erhalten soll, ist, wie hier vorausgesetzt wird, verständlich und klar. Wer gegen den Bedachten behaupten will, daß zur vollständigen Erwerbung des Rechtes erst noch eine Bedingung eintreten müsse, dem liegt der Beweis ob, was für eine Bedingung erst noch eintreffen soll, und diesen Beweis ist er im Falle der Unverständlichkeit zu liefern nicht fähig [1]).

3) Das Gesetz setzt hier voraus, daß die Unverständlichkeit bloß in jenem Theile der Erklärung liegt, welcher die Bedingung enthält; liegt die Unverständlichkeit auch in jenem Theile, der durch die Bedingung beschränkt werden soll, so ist die ganze unverständliche Anordnung ungültig. Ein Beyspiel von einer solchen verworrenen Formel ist im römischen Rechte angeführt: Si Titius heres erit, Sejus heres esto; Si Sejus heres erit, Titius heres esto [2]).

§. 698.

b) Unmögliche oder unerlaubte Bedingungen.

Die Anordnung, wodurch Jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig; obschon die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre. Eine auflösende, unmögliche Bedingung wird als nicht beygesetzt angesehen. Alles dieses gilt auch von den unerlaubten Bedingungen.

---

1) Siehe Zeillers Commentar §. 647 Nr. 2.

2) Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit. L. 16. D. de condit. instit.

1) Die unmöglichen Bedingungen, deren Begriff bey Erläuterung des §. 696 Nr. 9 entwickelt worden ist, können entweder aufschiebende oder auflösende seyn, je nachdem das zugedachte Recht bey ihrem Eintritte zu seiner Kraft gelangen oder verloren gehen soll. — Zugleich können die unmöglichen Bedingungen auch affirmative oder negative unmögliche Bedingungen seyn, je nachdem das Recht von einem unmöglichen Erfolge, oder von einem unmöglichen Nichterfolge einer Ereignung abhängig gemacht wird. — Jede affirmative, unmögliche Bedingung verliert, wenn sie negativ, auch jede negative, wenn sie affirmativ gesetzt wird, den Charakter einer unmöglichen, und erhält jenen einer nothwendigen Bedingung; denn, wenn man z. B. die affirmative Bedingung: wenn A die B (welche schon gestorben ist,) heirathet, in eine negative: wenn A die B nicht heirathet; oder die negative Bedingung, wenn ein bey dem Fenster in das Freye hinausgeworfener Stein nicht auf die Erde fallen sollte, in eine affirmative, wenn der hinausgeworfene Stein auf die Erde fallen sollte, verwandelt; so findet man, daß dann die Bedingung keine Unmöglichkeit, sondern einen Umstand enthalte, der eintreten muß [1]).

2) Der Eingang des gegenwärtigen §. redet von einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die unmögliche Bedingung eine affirmative oder negative sey. In beyden Fällen ist die Anordnung, welche auf einer solchen Bedingung beruhet, ungültig. Ein Beyspiel einer aufschiebenden, affirmativen, unmöglichen Bedingung wäre, wenn der Erblasser anordnet: A soll mein Erbe seyn, wenn er die B (die schon verstorben ist) heirathet, und einer aufschiebenden, negativen, unmöglichen Bedingung, wenn er anordnete: A soll mein Erbe seyn, wenn an einem bestimmten Tage die Sonne gar nicht aufgehen wird. Das gemeine Recht erklärt eine solche unmögliche Bedingung für nicht beygesetzt. Der österreichische Gesetzgeber ging aber, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu ersehen ist, von dem Grundsatze aus, daß der rechtlich erklärte Wille des Erblassers so genau als möglich erfüllt werden soll, daß ein Erblas-

1) Vergl. obige Abhandlung S. 224 — 275.

fer, welcher den Erben oder Legatar nur unter einer aufschiebenden Bedingung mit einem Nachlasse bedenkt, eben dadurch stillschweigend erkläre, daß der Nachlaß, so fern die Bedingung nicht eintritt, wegfallen soll, und daß man bey einer offenbaren unmöglichen Bedingung sogleich wisse, daß sie nie eintreffen werde. Uebrigens zeige die Beyrückung einer solchen Bedingung entweder, daß der Erblasser, wenigstens in dem Momente der Anordnung, nicht bey voller Besonnenheit, oder, daß er in einem wesentlichen Irrthume war, oder endlich, daß er einen muthwilligen Scherz trieb, der nicht einer dritten Person, die durch Entrichtung des Nachlasses Schaden leiden würde, zugerechnet werden kann. In allen diesen Fällen ist aber eine Anordnung schon nach den allgemeinen Grundsätzen ungültig (§§. 565, — 567 u. 570). Daß man übrigens die unmöglichen Bedingungen von den bloß schweren sorgfältig unterscheiden müsse, wurde bereits bey Erläuterung des §. 696 Nr. 9 bemerkt.

3) Das allgemeine preußische Landrecht, welches dießfalls einen gleichen Grundsatz, wie das österreichische Gesetzbuch, aufstellt [1]), sieht jedoch in dem Falle, als die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden ist, die Bedingung als stillschweigend erlassen an [2]). Mit Recht bemerkt Herr Hofrath von Zeiller, daß eben darum, weil der Erblasser, ungeachtet ihm die eingetretene Unmöglichkeit bekannt geworden ist, in seiner Anordnung nichts geändert hat, der obige Grundsatz in seiner Kraft verbleibe. Darum verordnet auch der gegenwärtige §. ausdrücklich, daß der Umstand, daß die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden ist, an der Anwendung des aufgestellten Grundsatzes nichts ändere. — Allein, was ist denn in dem Falle Rechtens, wenn die erst in der Folge eingetretene Unmöglichkeit dem Erblasser nicht bekannt geworden wäre? — Nimmt man bey Entscheidung dieses Rechtsfalles auf den Grund der gesetzlichen Anordnung Rücksicht, so muß man allerdings behaupten, daß in einem

1) 1. Th., 4. Tit., §. 131.
2) 1. Th., 12. Tit., §. 305.

solchen Falle die Bedingung als nicht beygerückt anzusehen sey. Hat z. B. der Erblasser gesagt: A soll mein Erbe seyn, wenn er meine Nichte ehelichet, sie ist aber bereits vor dem Erblasser, ohne daß dieser hiervon Kenntniß erhalten hätte, unvermählt gestorben, so kann man weder annehmen, daß der Erblasser im Momente der Anordnung nicht bey voller Besonnenheit gewesen, noch daß er in einem wesentlichen Irrthume war, noch daß er einen muthwilligen Scherz getrieben habe, weil zur Zeit der Anordnung die gesetzte Bedingung allerdings möglich war, und da der Erblasser später von dem eingetretenen Umstande, welcher die Erfüllung der Bedingung unmöglich machte, keine Kenntniß erhielt, so kann man auch die Vermuthung nicht geltend machen, daß der Erblasser, da er in seiner Anordnung keine Aenderung machte, es dabey belassen wollte. — — Der Eingang des gegenwärtigen §. scheint offenbar eine solche Bedingung vorauszusetzen, welche schon zur Zeit der letzten Anordnung sich als unmöglich darstellt, und der Gesetzgeber dehnet dann dasjenige, was er für diesen Fall angeordnet hat, auch auf den Fall aus, wenn die Bedingung erst in der Folge unmöglich und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre; ist daher die Unmöglichkeit dem Erblasser nicht bekannt geworden, so hat die im Eingange dieses §. ausgesprochene Anordnung keine Anwendung. Allein, wenn auch der Eingang des gegenwärtigen §. auf den hier gesetzten Fall keine Anwendung hat, so ist doch noch nicht dargethan, daß hier die Bedingung als nicht beygesetzt zu achten sey. — Da für diesen Fall das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung enthält, so erübrigt nichts, als nach Vorschrift des §. 7 zur Analogie die Zuflucht zu nehmen. — Einen analogen Fall entscheidet aber der §. 701, nähmlich den: wenn die in der letzten Willens-Erklärung vorgeschriebene Bedingung schon bey dem Leben des Erblassers eingetroffen ist, und selbe in keiner Handlung des Erben oder Legatars besteht, die von ihm wiederhohlt werden kann. Eine Bedingung aber, deren Erfüllung sich nicht wiederhohlen läßt, gleichet ganz einer unmöglichen Bedingung, in welche Classe sie auch das Gesetzbuch für Westgallizien

ausdrücklich einreihet [1]). — Nun wird aber nach dem Inhalte des §. 701, der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe oder Legatar, den Erbtheil erhalten, wenn die Bedingung schon bey Lebzeiten eingetroffen ist, und die Wiederhohlung der Erfüllung nicht in seiner Macht stehet. — Aus der Analogie dieser gesetzlichen Anordnung ist daher auch zu schließen, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe oder Legatar den Erbtheil oder das Legat erhalten werde, wenn die Bedingung in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser nicht bekannt geworden ist.

4) Es ist bereits Nr. 1 berühret worden, daß der gegenwärtige §. sowohl von einer bejahenden, als auch verneinenden unmöglichen Bedindung zu verstehen sey, und es ist von der einen, wie von der anderen ein Beyspiel aufgeführt worden. Allein man muß bey Anwendung dieses Satzes sich hüthen, eine affirmative unmögliche Bedingung, wenn sie negativ gesetzt ist, nicht für eine unmöglich negative Bedingung anzusehen. Sagt z. B. der Erblasser: A soll 10,000 fl. haben, wenn er die B nicht ehelichet, und die B ist noch vor dem Erblasser verstorben, so ist diese Bedingung keineswegs eine negative unmögliche Bedingung, sondern lediglich eine affirmative, negativ gesetzte unmögliche Bedingung; denn keineswegs der Nichterfolg (die Nichtverehelichung), sondern der Erfolg (die Verehelichung) ist hier unmöglich. — Da eine aufschiebende, negativ gesetzte, affirmative, unmögliche Bedingung, eben so wie eine aufschiebende, affirmativ gesetzte, negative, unmögliche Bedingung sich in eine nothwendige umstaltet [2]), so ist ganz natürlich, daß diese Bedingungen nicht von der Art sind, daß sie die Rechtsübertragung aufschieben könnten; weil gleich anfänglich gewiß ist, daß die Bedingung eintreten muß.

5) Aus dem nähmlichen Grunde wird eine auflösende (bejahende oder verneinende) unmögliche Bedingung, weil man sicher ist, daß sie nicht eintrifft, und das Recht auflösen werde, für

---

1) 2. Th., §. 437.

2) Siehe die Abhandlung des Herrn Professor Helm S. 225.

nicht beygesetzt, folglich die Anordnung einer unbedingten gleich gehalten. — Der Erblasser sagt z. B.: A soll jährlich 1000 fl. haben, in so lange er die B nicht heirathet; nun ist aber die B bereits gestorben, es ist also gewiß, daß die auflösende Bedingung nie eintreten werde.

6) Außer dem sub Nr. 2 erwähnten Hauptgrunde treten bey unerlaubten Bedingungen auch noch Nebenrücksichten ein, welche die Anordnung des gegenwärtigen §. rechtfertigen. Nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers soll nähmlich, wie von Zeiller bemerkt, jeder Erblasser, der eine solche unerlaubte Bedingung beyzurücken versucht würde, dadurch von der Beyrückung derselben abgehalten werden. — Ihm wird durch das Gesetz kundgemacht, daß seine Anordnung, welcher eine solche Bedingung beygerückt wird, als null und nichtig geachtet werde, und keine Wirkung hervorbringe. — Würde eine solche unerlaubte Bedingung lediglich als nicht beygesetzt erklärt, so könnte er sich vielleicht mit der sträflichen Hoffnung schmeicheln, daß sie der Erbe oder Legatar, um seinen Willen zu erfüllen, aus freyem Willen in Erfüllung bringen werde; er soll selbst diese Hoffnung nicht in sich nähren können. Der Niederträchtige, sagt von Zeiller, welcher durch Erfüllung der Bedingung den Nachlaß zu erkaufen geneigt wäre, soll wissen, daß es ihm keinen Nutzen bringe; der Ehrliebende verschmäht die Gabe eines solchen Erblassers; und einer dritten schuldlosen Person, die durch Entrichtung eines solchen Vermächtnisses Abbruch litte, soll die unsinnige Anordnung zu keinem Nachtheile gereichen.

7) War die Bedingung zur Zeit, als der Erblasser sie machte, nicht unerlaubt, sondern erst durch ein nachträgliches Verbothsgesetz unerlaubt geworden, und könnte der bedachte Erbe oder Legatar nachweisen, daß dem Erblasser dieses Verbothsgesetz unbekannt geblieben sey, so wäre die Anordnung aufrecht zu erhalten, und die Bedingung für nicht beygesetzt zu halten (Nr. 3). Es kann hier nicht angenommen werden, daß der Erblasser auch selbst in dem Falle, als er in Kenntniß gekommen wäre, daß die Erfüllung der Bedingung verbothen würde, die Erfüllung derselben dennoch als ein wesentliches Erforderniß zur Erlangung des zugedachten Erbthei-

les oder Vermächtnisses angesehen haben würde. Wenn der Erblasser Jemanden einen Erbtheil oder Legat unter der Bedingung vermacht, daß der Erbe oder Legatar eine Handlung unternehmen soll, so drückt er einen zweyfachen Willen aus, nähmlich: a) daß dieser das Legat oder den Erbtheil erhalten, und dann b) daß er diese Handlung unternehmen soll. — Ist die Handlung schon zur Zeit der Anordnung unerlaubt, so stehen beyde Willensäußerungen in so naher Verbindung, daß, wenn der eine Wille nicht in Erfüllung gehen kann, auch die Wirksamkeit des anderen dadurch wegfällt. — War aber zur Zeit der letzten Anordnung die Erfüllung beyder Willens-Aeußerungen gestattet, — so trifft das nachgefolgte Verboth bloß jenen Theil seines ausgedrückten Willens, dessen Erfüllung dem Verbothe entgegensteht, und es steht kein Hinderniß entgegen, denjenigen Theil des Willens, der in Erfüllung gebracht werden kann, in Erfüllung zu bringen. — Hat der Erblasser von dem späteren Verbothsgesetze gewußt, dann ist es seine Sache ausdrücklich zu erklären, daß der Erbtheil oder das Legat auch ohne die Erfüllung der Bedingung in Wirksamkeit treten soll, — thut er dieses nicht, so wird angenommen, daß der Erbe oder Legatar nur durch Erfüllung der Bedingung das Zugedachte überkommen soll. — Es ist daher die Anordnung ungültig zu achten. — Setzen wir z. B. den Fall: A habe seinen einzigen Bruder, welcher eine Bibliothek besitzt, unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, daß er einem guten Freunde, der sich auf einen bestimmten Zweig in der Literatur verlegt, gewisse von ihm (Erblasser) bezeichnete Werke aus seiner Bibliothek abliefern soll. Nach dieser Anordnung unternimmt der Erblasser eine Reise nach London, wo er erkrankt und stirbt. — Kurz vor seinem Tode werden die gedachten Werke durch Verboth dem Verkehre entzogen. — Soll nun dieserwegen, weil der Wille des Erblassers in dem Puncte, daß sein guter Freund diese Werke erhalten soll, nicht in Erfüllung gehen kann, auch sein Wille, daß der ohnehin vom Gesetze zur Erbschaft berufene Bruder sein Universalerbe seyn solle, ebenfalls nicht in Erfüllung gehen?

8) Eine auflösende bejahende oder auch verneinende unerlaubte Bedingung gleicht einer ähnlichen physisch unmöglichen (Nr. 4) und ist für nicht beygesetzt zu halten, damit der Bedachte nicht zur Erfüllung eingeladen werde; z. B.: A soll jährlich 1000 fl. haben, wenn er aber nach drey Jahren noch ein Christ bleibt, das Vermächtniß verlieren (§. 768), oder A soll jährlich 1000 fl. haben, wenn er aber nach drey Jahren nicht in feindliche Dienste tritt, so soll ihm nichts mehr ausbezahlt werden. — Dabey muß gleichfalls dasjenige vor Augen gehalten werden, was Nr. 4. von einer affirmativ unmöglichen Bedingung, wenn sie negativ gesetzt wird, und so umgekehrt, gesagt worden ist. — Indessen muß hier auf einen wesentlichen Unterschied zwischen unmöglichen und unerlaubten Bedingungen aufmerksam gemacht werden; indem die Nichtbeachtung dieses Unterschiedes zu gräßlichen Irrthümern verleiten könnte. Bey den unmöglichen Bedingungen gilt nähmlich der Satz: Eine Bedingung, welche, wenn sie aufschiebend gesetzt ist, unmöglich ist, bleibt es auch, wenn sie als auflösend gesetzt ist, — dagegen wird eine Bedingung, die als aufschiebend gesetzt, unerlaubt ist, dadurch, daß sie als auflösend gesetzt wird, eine erlaubte. Der Unterschied soll durch folgendes Schema anschaulich gemacht werden:

Aufschiebend unmöglich.	Aufschiebend unerlaubt.
A soll mein Erbe seyn, wenn er die B (die schon gestorben ist) heirathet.	A soll mein Erbe seyn, wenn er den B mordet.
Auflösend.	**Auflösend.**
A soll mein Erbe seyn; er soll aber die Erbschaft verlieren, wenn er die B heirathet.	A soll mein Erbe seyn; soll aber die Erbschaft verlieren, wenn er den B mordet.

Aus diesem Schema ist deutlich zu ersehen, daß wenn die nähmliche unmögliche Bedingung, welche als aufschiebend gesetzt würde, der Anordnung als auflösend beygesetzt wird, immer eine unmögliche Bedingung bleibt, wo hingegen die Bedingung, welche als aufschiebend gesetzt, unerlaubt ist, als auflösend gesetzt, eine erlaubte und sehr löbliche Bedingung wird.

Man muß daher unter einer auflösenden unerlaubten Bedingung (wie auch die beyden gegebenen Beyspiele zeigen), ein Ereigniß, oder vielmehr, da der Begriff der Unerlaubtheit eine freye Thätigkeit voraussetzt, eine Handlung oder Unterlassung verstehen, die sich von einem positiven oder Sittengesetze als gebothen darstellet, von welcher der Verlust eines Rechtes abhängig gemacht wird, und die Anordnung des gegenwärtigen §., daß alles das, was von den unmöglichen Bedingungen gesagt wurde, auch von den unerlaubten gelte, darf hier keine größere Ausdehnung erhalten, als daß solche Bedingungen, die mit einer gebothenen Handlung oder Unterlassung das Aufhören eines Rechtes in Verbindung setzen, für nicht beygesetzt anzusehen seyn.

§. 699.

c) Mögliche und erlaubte Bedingungen.

Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars oder eines Dritten abhängen.

1) Die möglichen und erlaubten, aufschiebenden Bedingungen müssen, dem oben §. 698 Nr. 2 berührten Grundsatze gemäß, genau erfüllet werden, wenn der Erbe oder Legatar das davon abhängig gemachte Recht erwerben will. Sind also *mehrere* Bedingungen *vereinigt* beygesetzt, so müssen sie alle in Erfüllung kommen; außerdem ist es genug, daß die eine oder die andere eintrifft, und, wenn sie in der Macht der gedachten Person stehen, wird eben dadurch derselben die Wahl überlassen. — Das nähmliche gilt von den *auflösenden* Bedingungen, dergestalt, daß auch diese in genaue Erfüllung kommen müssen, wenn das zugedachte Recht aufhören soll. Wenn daher z. B. der Erblasser angeordnet hat: A soll mein Erbe seyn; er soll aber die Erbschaft verlieren, wenn er vom Christenthume abfällt, so kann ihm sein Erbrecht nicht benommen werden, wenn er bloß vom Katholicismus zum Protestantismus übertritt.

2) Die Bedingung muß nach des Erblassers Willen genau, d. i. an dem bestimmten Orte, zur bestimmten Zeit, und auf die von ihm bezeichnete Art in Erfüllung gehen. Ohne eine solche Bestimmung ist die Art und Zeit der Erfüllung gleichgültig, wenn sie nur noch zur Lebenszeit des Bedachten geschieht (§. 703). Kann sie nicht so, wie der Erblasser angeordnet hat, in Erfüllung gebracht werden: so ist sie einer unmöglichen Bedingung gleich zu halten, ausgenommen es ginge aus der Anordnung des Erblassers hervor, daß die Modalitäten, unter denen die Bedingung in Erfüllung gehen soll, lediglich als ein Auftrag an den Bedachten, und nicht als eine eigentliche Bedingung angesehen werden sollen.

3) Uebrigens macht es keinen Unterschied, ob die Bedingung von einem bloßen Zufalle, oder der Willkühr eines Dritten, oder der eigenen Handlung des bedachten Legatars oder Erben abhängig gemacht wurde. Seine Bereitwilligkeit, sein aufrichtiges Streben, die Bedingung in Erfüllung zu setzen, ist hierzu nicht genügend. — Nur wenn die zur Entrichtung des Nachlasses verpflichtete Person die Erfüllung der Bedingung verhinderte, müßte sie für ihr Verschulden haften und den Nachlaß entrichten [1]).

§. 700.

d) Bedingung der Nichtverehelichung.

Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar sich, selbst nach erreichter Großjährigkeit, nicht verehelichen soll, ist als nicht beygesetzt anzusehen. Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen. Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirathe, kann gültig auferlegt werden.

1) Es gibt gewisse Bedingungen, welche ihrer Materie nach, indem diese keinem Gesetze widerstreitet, zu den erlaubten gehö-

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 3.

ren, allein deren Setzung der Gesetzgeber theils aus politischen, theils aus Rechtsgründen, und zwar entweder zum Schutze der Freyheit des Bedachten, oder zum Schutze anderer Personen nicht billiget, und ihre Setzung als wirkungslos erklärt [1]). — Dahin gehört die hier berührte Bedingung der Nicht-Verehelichung. Obwohl die Wahl des ehelosen Standes keinem Gesetze widerstreitet, hiermit in der Freyheit eines jeden Menschen liegt, so wird doch die Setzung der Bedingung, daß derjenige, welcher ein bestimmtes Recht erwerben soll, sich selbst nach erreichter Großjährigkeit nicht verehelichen, als der Moralität und Bevölkerung nachtheilig angesehen, und in der Regel, ohne Unterschied, ob sie aufschiebend oder auflösend gesetzt wird, für wirkungslos erklärt.

2) Vor erreichter Großjährigkeit des Erben oder Legatars steht es ganz in der Willkühr des Erblassers den Einen oder Anderen in dem Befugnisse, sich zu verehelichen, zu beschränken. Er ist aber nicht berechtigt, die Freyheit des Erben oder Legatars auch über diese Zeit hinaus in irgend einer Art zu beschränken; ausgenommen, in wie fern das Gesetz selbst eine solche Beschränkung ausdrücklich gestattet. — Die Bedingung also, daß der Erbe an einem bestimmten Tage, oder vor, oder während, oder nach einer bestimmten Zeit nicht heirathe, ist daher nur in so fern gültig, als der bestimmte Tag oder die angezeigte Zeit noch in die Dauer seiner Minderjährigkeit fällt; sie ist aber wirkungslos, wenn sie den Zeitraum der Großjährigkeit betritt.

3) Hier entsteht jedoch die Frage: ob unter dem Ausdruck „Großjährigkeit," hier lediglich die physische Großjährigkeit, d. i. die Zurücklegung des 24. Lebensjahres, oder eigentlich die juridische, die schon mit Zurücklegung des 20. Lebensjahres eintreten (§. 252), sich aber auch über das 24. Lebensjahr hinaus ausdehnen kann (§. 251), verstanden werde? Ich glaube das Letztere; denn der Grund des Gesetzes, warum dasselbe gerade die Großjährigkeit als den Gränzpunct annimmt, bis wohin der Erblasser dem Erben oder Legatar in dem Entschlusse, sich zu

1) Helm am a. O. S. 231 — 232.

verehelichen beschränken könne, ist offenbar der, weil derselbe bis zur Großjährigkeit ohnehin noch keine Person ist, welche selbstständig handeln kann, und sohin bey seiner Verehelichung von fremden Willen theilweise bestimmt wird, — nach eingetretener Großjährigkeit sich aber lediglich durch eigene Wahl die Verehelichung beschließt, welcher in diesem Falle der Regel nach auf keine Weise mehr eine Schranke gesetzt werden soll.

4) Ist die bedachte Person bereits verehelichet gewesen, und sind ein oder mehrere Kinder von ihr vorhanden, so hört der Grund auf, warum das Gesetz die Bedingung der Nicht-Verehelichung als wirkunslos erkläret, und der Gesetzgeber will daher auch in diesem Falle dem Erblasser das Befugniß nicht entziehen, mit seinem Vermögen beliebig zu disponiren, folglich auch dem Erben oder dem Legatar nur unter der Bedingung der Nichtverehelichung den zugedachten Vortheil zuzutheilen. Sollte derselbe aber in der Folge seiner Kinder beraubt werden, so wird diese Bedingung wieder ihre Wirkung verlieren; denn das Gesetz ordnet an, daß nur jene verwitwete Person die Bedingung erfüllen müsse, welche ein oder mehrere Kinder hat, — wenn sie also kein Kind mehr hat, so ist sie an die Erfüllung dieser Bedingung nicht gebunden.

5) Die auflösende Bedingung, „nur eine bestimmte Person nicht zu ehelichen," ist, wie v. Zeiller bemerkt in Berücksichtigung, daß der Erblasser eine gerechte Ursache der Abneigung vor einer solchen Verbindung haben kann, eben so zulässig, als die bejahende und aufschiebende Bedingung, daß der eingesetzte Erbe oder Legatar eine bestimmte Person, mit der der Erblasser aus guten Gründen die Verbindung wünschen kann, ehelichen soll. Das Gesetz redet hier von einer bestimmten einzelnen Person, und kann auf eine Gattung, oder gewisse Classe von Personen, z. B. keine Unadelige, zu heirathen, nicht ausgedehnt werden.

6) Uebrigens wird hier vom Gesetze vorausgesetzt, daß der Erblasser die Nicht-Verehelichung unmittelbar und direct zur Bedingung mache. — Ist die Nicht-Verehelichung nicht der unmittelbare Gegenstand der Bedingung, sondern steht dieselbe nur als eine natürliche oder gesetzliche Folge mit dem eigentlichen Gegen-

stande der Bedingung in Verbindung, so kann der gegenwärtige §. auf diesen Fall nicht bezogen werden. Wenn daher z. B. der Erblasser eine Person unter der Bedingung, daß sie sich dem geistlichen Stande widmet, zum Erben eingesetzt, oder ein Vermächtniß zugedacht hätte, so müßte dieselbe, um die Erbschaft oder das Legat zu erhalten, allerdings die Bedingung erfüllen.

§. 701.

e) Wenn die Bedingung bey dem Leben des Erblassers erfüllet worden.

Ist die in der letzten Willensmeinung vorgeschriebene Bedingung schon bey dem Leben des Erblassers eingetroffen, so muß die Erfüllung derselben nach dem Tode des Erblassers nur dann wiederhohlt werden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, welche von ihm wiederhohlt werden kann.

Ist die im letzten Willen vorgeschriebene Bedingung beym Leben des Erblassers schon eingetroffen, so bedarf sie nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. nur in zweyen Fällen einer Wiederhohlung, nähmlich: a) wenn sie in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, und b) von der Art ist, daß sie von ihm wiederhohlt werden kann. Bey Bedingungen, die von einem Zufalle abhängen, darf daher ihre Wiederhohlung nicht abgewartet werden; eben so ist bey solchen bedungenen Handlungen, die nicht wiederhohlt werden können, mit allem Grunde zu vermuthen, daß es dem Erblasser an der bereits erfüllten Bedingung genüge.

§. 702.

Ob die Bedingung auch auf die Nachberufenen auszudehnen sey.

Eine dem Erben oder Legatar beygerückte Bedingung ist, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers, auf den vom Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen.

1) Ist die Bedingung lediglich vom Zufalle abhängig, so kann nicht angenommen werden, daß der Erblasser die Bedingung

auch auf den nachberufenen Erben ausdehnen wollte, da gerade in dem Falle, als der eingesetzte Erbe den Erbtheil wegen des Nicht-Eintreffens der Bedingung nicht erhalten kann, aus dem nähmlichen Grunde auch der Nacherbe von demselben ausgeschlossen seyn würde. — Besteht aber die Bedingung in einer Handlung des Erben, so ist sie entweder auf die individuellen Eigenschaften und Verhältnisse desselben berechnet, oder sie ist von der Art, daß es dem Erblasser mehr an der Erfüllung der Bedingung an und für sich, abgesehen von den persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften des Erben, gelegen ist. — Im ersteren Falle scheint die Substitution gleichfalls eben zu dem Zwecke zu geschehen, damit der Nachlaß, wenn er der unerfüllten Bedingung wegen erlediget wird, vielmehr dem Substituten, als demjenigen zufalle, welcher ohne eine getroffene Substitution darauf Anspruch haben würde. — Ist aber das Letztere der Fall, so ist die Bedingung als eine dem Erben oder Legatar auferlegte Last anzusehen, welche allerdings nach §. 606 auf den Nacherben als Last, aber ohne eine ausdrückliche entgegengesetzte Erklärung des Erblassers nicht als Bedingung übergeht.

2) Eine dem Erben oder Legatare auferlegte Last hat nähmlich die Rechtswirkung, daß sie auf den Substituten übergeht, und gegen denselben mit Zwang durchgesetzt werden kann, keineswegs aber kann demselben wegen Nicht-Erfüllung derselben, der Erbtheil oder das Vermächtniß entzogen werden. Der Erblasser kann aber dem Erben oder Legatare die Last unter der Bedingung auflegen, daß, wenn er seiner Verbindlichkeit nicht nachkömmt, er den zugedachten Vortheil verlieren soll; er kann auch die Erfüllung der Verbindlichkeit als aufschiebende Bedingung festsetzen. Tritt nun der Fall der Substitution ein, so kommen beyde §§., nähmlich der §. 606 und der gegenwärtige, in Anwendung, die Last geht nach dem ersteren §. mit der Rechtswirkung auf den Substituten über, daß er, wenn er den Erbtheil annimmt, auch zur Erfüllung derselben mit Zwang angehalten werden könne. Allein nach dem gegenwärtigen §. verliert in diesem Falle die Last die Eigenschaft einer Bedingung; der Nacherbe wird daher ohne Unterschied, ob selbe als eine aufschiebende oder

auflösende Bedingung gesetzt ist, den Erbtheil bekommen, und derselbe kann ihm auch wegen der Nicht-Erfüllung nicht entzogen werden, sondern er kann zur Erfüllung angehalten werden.

§. 703.

Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung.

Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe, und bey dem Eintritte derselben erbfähig sey.

Vor dem Eintritte einer aufschiebenden Bedingung hat, wie schon von Zeiller bemerkt, der Begünstigte nur eine unsichere Hoffnung, kein Recht. — Dieses fällt ihm nicht, so wie bey einer unbedingten Berufung (§. 684) gleich nach dem Tode des Erblassers, sondern nur dann an, wenn die Bedingung erfüllt, und er in diesem Momente erbfähig ist (§. 545). Stirbt also der Begünstigte vor dem Eintreffen der Bedingung, so kann er selbst das ihm noch nicht angefallene Recht auf seine Erben nicht übertragen (§. 536), und diesen nützt es nicht, daß die Bedingung nach dem Tode ihres Vorfahrs in Erfüllung gehe. Aber der Umstand, daß dem Vorfahr das Eintreffen der Bedingung auch noch bekannt geworden sey, wird nicht erfordert. Wäre die Bedingung schon bey Lebzeiten des Erblassers eingetroffen, und von der Art, daß sie nicht wiederhohlt werden muß (§. 701), so fällt der Nachlaß, gleich jedem unbedingten Nachlasse, dem Begünstigten mit dem Tode des Erblassers an (§§. 537 u. 684) [1].

§. 704.

2) Zeitpunct.

Ist es ungewiß, ob der Zeitpunct, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht einschränkt, kommen oder nicht kommen werde, so wird diese Einschränkung als eine Bedingung angesehen.

1) Zeiller's Commentar Nr. 1 u. 2.

1) Von der Bedingung ist der Form der Erklärung nach die Zeitbestimmung zu unterscheiden, unter welcher eine Erklärung verstanden wird, nach welcher ein Moment der Zeit entweder den Anfang der Wirksamkeit eines zugedachten oder bedungenen Rechtes (terminus a quo), oder das Aufhören desselben (terminus ad quem), oder beydes zugleich begründen soll.

2) In Ansehung der Wirkung einer solchen Zeitbestimmung ist zu unterscheiden, ob es gewiß oder ungewiß sey, daß der Zeitpunct, mit welchem der Erblasser den Anfang oder das Aufhören der Wirksamkeit eines zugedachten Rechtes in Verbindung gesetzt hat, kommen werde oder nicht. — Ist dieses ungewiß, so ist die Zeitbestimmung einer möglichen (affirmativen) Bedingung gleich, und ganz nach den bey der Lehre von Bedingungen dießfalls aufgestellten Sätzen zu beurtheilen; denn durch eine solche Zeitbestimmung wird das Recht von einer künftigen noch ungewissen Ereignung abhängig gemacht, was das wesentliche Merkmahl der Bedingung ist (§. 696). Ein Beyspiel einer solchen Zeitbestimmung wäre, wenn z. B. der Erblasser anordnete: A soll meine Bibliothek haben; an dem Tage aber, an welchem B Doctor der Rechte wird, soll ersterer diesem alle in das juridische Fach einschlagenden Bücher aus der legirten Bibliothek herausgeben. In diesem Falle ist die Zeitbestimmung in Ansehung des A eine auflösende, in Bezug auf den B aber eine aufschiebende mögliche Bedingung, und geht sohin, wenn B vor seiner Promotion stirbt, auf dessen Erben nicht über.

3) Wird aber nicht das Recht, sondern nur die Zahlung auf einen solchen ungewissen Zeitpunct verschoben (z. B. ich vermache dem B 1000 fl., die ihm jedoch erst, wenn meine Schiffsladung aus Asien ankommt, ausgezahlt werden sollen), so geht das Recht auch auf die Erben des B über, die aber das Vermächtniß nur in dem Falle, daß die Ladung eintrifft, verlangen können [1]).

§. 705.

Ist der Zeitpunct von der Art, daß er kommen muß, so wird das zugedachte Recht, wie andere

1) Aus Zeiller's Commentar §. 704 Nr. 2.

unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine verschoben.

Nur in dem Falle, wenn der Zeitpunct von der im gegenwärtigen §. bestimmten Art ist, hat die Zeitbestimmung eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung, und kann daher eine Zeitbestimmung im engeren Sinne genannt werden. Die bloße Ungewißheit, ob der Bedachte den Zeitpunct auch erleben werde, kann einen an sich gewissen Zeitpunct, weil die Rechte auf die Erben übertragen werden, nicht zu einem ungewissen machen. — Nicht jeder beygerückte Zeitpunct ist aber als eine Zeitbestimmung anzusehen, indem derselbe oft bloß zur Qualification der Bedingung gehört, sondern nur dann, wenn er selbstständig den Anfang der Wirksamkeit eines Rechtes, oder dessen Aufhören begründet. — Ist daher in einer Erklärung Bedingung und Zeitpunct vereinigt gesetzt, so muß auf den Umstand gesehen werden, ob der Zeitpunct bloß als ein die Bedingung constituirender Umstand erscheint, oder ob er eine selbstständige Zeitbestimmung bildet; im ersten Falle, wie z. B., wenn dem A ein Legat von 1000 fl. zugedacht wird, wenn er binnen 3 Jahren die B heirathet, sind bloß die Vorschriften von Bedingungen; im zweyten Falle hingegen, wie z. B., wenn dem A ein Legat von 1000 fl. nach 3 Jahren abgeführt werden soll, wenn er die B heirathet, sind bloß bis zum Eintritte der Bedingung die Vorschriften derselben, nach erfüllter Bedingung aber die Vorschriften über die Zeitbestimmung zu berücksichtigen [1]).

§. 706.

Wäre es offenbar, daß die in der letzten Anordnung ausgemessene Zeit nie kommen könne, so wird die Bestimmung dieser Zeit, wie die Beysetzung einer unmöglichen Bedingung angesehen. Nur in dem Falle, daß der Erblasser wahrschein-

1) Siehe obige Abhandlung des Herrn Pr. Helm S. 213 — 215.

lich bloß in der Berechnung der Zeit sich geirret hat, wird der Zeitpunct nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers zu bestimmen seyn.

1) Die Vorschrift des gegenwärtigen §. ist klar. Als Beyspiel einer solchen Zeitbestimmung führt von Zeiller die Anordnung an: A soll an dem Tage, an welchem er meine Nichte ehelichet, mein Erbe seyn, und die Aerzte bezeugten, daß er mit einem unheilbaren Unvermögen, eine Ehe einzugehen, behaftet ist. — In so lange dieser Umstand unbekannt blieb, enthielt die Zeitbestimmung eine aufschiebende, mögliche; nach der Entdeckung aber zeigt sich, daß sie eine unmögliche Bedingung enthalte, und dann tritt die Anwendung der oben (§. 698) über die letztere gegebenen Vorschriften ein.

2) Die Anordnung am Schlusse ist eine consequente Folgerung aus den den §§. 558, 570 u. 571 zu Grunde liegenden Principien. Die Wahrscheinlichkeit, daß sich der Erblasser in Berechnung der Zeit bloß geirret habe, ist jedesmahl aus den Umständen zu entnehmen. — Allgemeine Regeln können hierüber nicht füglich festgestellet werden.

§. 707.

Rechtsverhältniß bey einer Bedingung oder einem Zeitpuncte zwischen der bedachten und ihr nachfolgenden Person.

So lange das Recht des Erben oder des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunctes verschoben bleibt, so lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben, und im zweyten Falle zwischen dem Erben und Legatar, in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legats, die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bey einer fideicommissarischen Substitution, Statt.

1) Der gegenwärtige §. bestimmt hier das Rechtsverhältniß, welches in dem Falle eintritt, als Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung oder Zeitbestimmung als Erbe oder Legatar eingesetzt ist. — In dem ersteren Falle gelangt der gesetzliche Erbe zum Besitze und Genusse der Erbschaft, und bleibt darin so lange, bis die Bedingung in Erfüllung gegangen, oder der bestimmte Zeitpunct herangekommen ist. — — Damit aber demjenigen, welchem unter der Bedingung das Erbrecht zugesichert ist, oder an den nach Verlauf des bestimmten Zeitraumes die Erbschaft abzutreten ist, sein mögliches oder bereits erworbenes Recht nicht unwirksam gemacht werde, muß die Substanz, wie bey dem Rechte der Fruchtnießung, unversehrt erhalten werden. — Das Rechtsverhältniß zwischen einem solchen gesetzlichen und testamentarischen Erben wird daher hier kurz als das Nähmliche bezeichnet, welches zwischen einem Haupterben und seinem fideicommissarischen Substituten Platz greift (§. 613).

2) Ist es nicht die Erbschaft, sondern ein Vermächtniß, das Jemanden unter einer aufschiebenden Bedingung oder Zeitbestimmung zugedacht worden ist, so tritt zwischen dem (testamentarischen, oder im Falle eines Codicills, zwischen dem gesetzlichen) Erben und dem Legatar das nähmliche Verhältniß ein, weil, wie von Zeiller bemerkt, der Erbe, als solcher ein ausschließendes Recht auf den Besitz und Genuß der ganzen Verlassenschaft hat, in so lange kein Anderer sich ausweisen kann, daß ihm ein Theil oder Stück derselben (wie hier das Legat) abgetreten werden müsse. Das Nähmliche gilt von dem Falle, als dem unbedingt ernannten Legatar unter einer aufschiebenden Bedingung oder Zeitbestimmung ein weiteres Vermächtniß aufgetragen worden wäre.

3) In dem Falle, als der Legatar das ihm aufgetragene weitere Vermächtniß höher anschlägt, als das ihm selbst zugedachte Legat, müßte sich derselbe, wenn er von dem ihm im §. 650 eingeräumten Rechte, das ihm zugedachte Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer zu überlassen, Gebrauch machen wollte, gleich bey Uebernahme des Legates erklären, daß

er dem letzterem bey erfüllter Bedingung oder in dem bestimmten Zeitpuncte das Legat übergeben wolle.

§. 708.

Wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer verneinenden oder auflösenden Bedingung, oder nur auf eine gewisse Zeit erhält, hat gegen den, welchem die Erbschaft oder das Vermächtniß beym Eintritte der Bedingung oder des bestimmten Zeitpunctes zufällt, die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen.

1) Ganz das umgekehrte Verhältniß tritt ein, wenn ein Erbe unter einer (bejahenden oder verneinenden) auflösenden Bedingung, oder bis auf eine gewisse Zeit eingesetzt wird. Hier erwirkt der eingesetzte Erbe die Erbschaft sogleich; nur soll er sie beym Eintreffen der Bedingung oder auflösenden Zeitbestimmung verlieren (§§. 696 u. 704). Er hat also in diesem Falle ganz die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche in dem Falle, welchen der §. 707 aufgestellt hat, dem gesetzlichen Erben eingeräumt worden sind. Der Berufene, dem beym Eintreffen der Bedingung oder Zeitbestimmung die Erbschaft zufällt, ist der gesetzliche Erbe. Eine gemeine Substitution oder das Zuwachsrecht eines Miterben geben, wie von Zeiller bemerkt, darauf keinen Anspruch, weil beyde nur dann wirksam sind, wenn der Haupterbe oder Miterbe nicht Erbe seyn kann, oder nicht seyn will. Sobald aber ein Erbe die Erbschaft rechtmäßig angenommen hat, so ist die Substitution und das Zuwachsrecht erloschen; dafern der Erblasser nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet hat.

2) Der gegenwärtige §. spricht hier auch von einer verneinenden Bedingung, und da er von einer verneinenden oder auflösenden Bedingung spricht, so kann man unter der ersteren nur eine verneinende aufschiebende Bedingung verstehen. — Nach

dem alten römischen Rechte konnte derjenige, der unter einer aufschiebenden negativen Bedingung als Erbe eingesetzt war, in seinem ganzen Leben die Erbschaft nicht bekommen; denn so lange er lebte, war es immer noch möglich, daß er gegen die Vorschrift des Testamentes handelte. — Späterhin wurde aber der auf diese Art eingesetzte Erbe in manchen Fällen gegen Leistung einer Caution für den Fall, als er den Willen des Testators übertreten würde, zur Erbschaft zugelassen [1]). Diesen letzteren Grundsatz hat auch das gallizische Gesetzbuch, jedoch in voller Ausdehnung, angenommen, und verordnet [2]): „Durch verneinende Bedingungen, durch solche nähmlich, die sich auf den Nichterfolg einer Ereignung gründen, wird das Erbrecht nicht aufgeschoben. — Erfolgt aber die Ereignung, so erlischt das Erbrecht. Daher kann man von einem Erben oder Legatar die Sicherstellung einer unter einer verneinenden Bedingung erhaltenen Sache mit Recht verlangen." — In so weit stimmen daher beyde neueren Gesetzgebungen überein, daß der unter einer verneinenden (aufschiebenden) Bedingung eingesetzte Erbe sogleich zum Genusse der Erbschaft gelangt. — In Ansehung der Folgen aber, wenn anstatt des bedungenen Nichterfolges der Erfolg einer Handlung oder eines Ereignisses eintritt, waltet ein wesentlicher Unterschied ob; denn nach den Grundsätzen der früheren Gesetzgebung müßte ohne Zweifel der unter dieser Bedingung eingesetzte Erbe die Erbschaft mit allen inzwischen bezogenen Nutzungen herausgeben, weil es sich dadurch zeiget, daß er eigentlich nie Erbe gewesen sey, — nach dem gegenwärtigen Gesetze aber ist er demjenigen gleich gestellt, der unter einer auflösenden Bedingung als Erbe eingesetzt ist, — er hat daher nur die Substanz zu extradiren, in Ansehung der bis zu diesem Zeitpuncte genossenen Früchte und bezogenen Nutzungen gebühren ihm die Rechte eines Fruchtnießers (§. 613). Es wird daher die verneinende aufschiebende Bedingung hier ganz so, wie die entgegengesetzte, auflösende, bejahende Bedingung behandelt. Wenn

1) Siehe Höpfners Commentar §. 491,

2) 2. Th., §. 491.

daher z. B. der Erblasser anordnet: A soll unter der Bedingung mein Erbe seyn, wenn er die B nicht heirathet, so wäre es in Bezug auf die Wirkung dieser Bedingung einerley, wenn er verfügt hätte: A soll mein Erbe seyn, soll aber die Erbschaft verlieren, wenn er die B heirathet. Will also der Erblasser, daß, wenn A die B heirathet, dem ersteren gar kein Vortheil aus der Erbschaft erwachsen sollte, so müßte er sich ausdrücklich erklären, daß A in diesem Falle die Erbschaft mit allen bezogenen Nutzungen an die Intestat-Erben ausfolgen lassen müsse.

3) Was von dem eingesetzten Erben gesagt worden ist, muß auch auf den in gleicher Art eingeschränkten Legatar angewendet werden; das Legat fällt bey dem Eintreffen der Bedingung oder der Zeitfrist auf den damit belasteten Erben oder Legatar zurück, gegen den der eingeschränkte Legatar die Rechte eines Fruchtnießers in Ausübung zu bringen, aber auch dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. In wie fern in diesen Fällen derjenige, welcher als Fruchtnießer zu betrachten ist, Sicherstellung zu leisten habe, ist aus der allgemeinen, bey der Fruchtnießung aufgestellten Vorschrift (§. 520) zu entnehmen.

§. 709.

Auftrag.

Hat der Erblasser Jemanden einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet, so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden soll.

1) Unter einem Auftrage versteht man jene Erklärung, wodurch die Unternehmung oder Unterlassung einer Handlung zur Pflicht gemacht, hiermit als eine auf dem zu übertragenden Rechte haftende Last festgesetzt wird, wie z. B.: A soll mein Erbe seyn; er muß aber die Vormundschaft über meine Kinder übernehmen, oder mir ein Monument setzen, oder die B heirathen u. s. w. Der Auftrag unterscheidet sich dem Begriffe nach von der Bedingung theils dadurch, daß das Recht von der Unternehmung oder Unterlassung einer Handlung, zu Folge

der Erklärung, nicht abhängig gemacht wird (§. 696), theils dadurch, daß die Handlung oder Unterlassung als Pflicht gesetzt erscheint (§. 696 Nr. 5) [1]). Indessen kann auch eine aufschiebende Bedingung in Form eines Auftrages festgestellt werden, wie wenn ich z. B. sagte: A soll die Vormundschaft über meine Kinder übernehmen, und wenn er sich dazu herbeyläßt, ein Legat von 1000 fl. erhalten.

2) Ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung aber ist der Auftrag, nach der wahrscheinlichen Absicht des Erklärenden, als eine auflösende Bedingung anzusehen. Dem begünstigten Erben oder Legatar fällt sohin das Recht sogleich an; es stehen ihm aber, so lange der Auftrag nicht erfüllt ist, nur die Rechte eines Fruchtnießers zu (§. 708). Stirbt der Begünstigte vor Erfüllung des Auftrages, so geht das angefallene Recht, wenn anders die Zeit noch nicht verflossen war, in welcher er den Auftrag hätte vollziehen sollen, weil in diesem Falle sein Recht bereits erloschen war, auch auf seine Erben über. Doch müssen diese die mit dem Nachlasse verbundene Last der Erfüllung des Auftrages übernehmen, weil der Erbe nicht nur allein in die Rechte, sondern auch in die nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründeten Verbindlichkeiten des Erblassers tritt (§§. 531 u. 548). Hat der Erblasser bey seinem Auftrage auf die persönlichen Eigenschaften des mit demselben beschwerten Erben oder Legatars Rücksicht genommen, so hindert dieses doch den Uebergang des ihm zugedachten Erbtheiles oder Vermächtnisses nicht, wenn anders die Erfüllung des Auftrages nicht zur Bedingung gemacht worden ist, und es kömmt dann in Bezug auf die Erben der folgende §. in Anwendung.

3) Es kann hier die Frage aufgeworfen werden: ob ein solcher Auftrag auch auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar übergehe? — Für die verneinende Beantwortung dieser Frage könnte man anführen, daß der gegenwärtige §. die Nicht-Erfüllung des Auftrages als eine auflösende Bedingung ansehe, und daß der §. 702 anordnet, eine dem Er-

1) Siehe die mehrerwähnte Abhandlung des Herrn Professors Helm, S. 215.

ben oder Legatar beygerückte Bedingung sey ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers auf den nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen. Allein ohne Zweifel ist die Erfüllung eines sochen Auftrages als eine mit dem Erbtheile oder Vermächtnisse in Verbindung gesetzte Last anzusehen, die nach §. 606 der Regel nach auch auf den Nacherben übergeht; nur wird der Auftrag eben nach §. 702 für den nachberufenen Erben oder Legatar nicht mehr als eine auflösende Bedingung anzusehen seyn, sondern derselbe das Vermächtniß oder den Erbtheil unbedingt erhalten, aber zur Erfüllung des Auftrages angehalten werden können.

4) Wann tritt aber der Fall ein, daß einem mit einem Auftrage beschwerten Erben oder Legatar der Erbtheil wegen Nicht-Erfüllung des Auftrags entzogen werden könne? — Hat der Erblasser selbst einen Zeitpunct bestimmt, bis wohin der Auftrag in Erfüllung gehen solle, so ist es in der Regel als eine auflösende Bedingung anzusehen, wenn der Auftrag bis dahin nicht erfüllt ist. — Ist aber die Erfüllung des Auftrages nach den Verhältnissen des Erben oder Legatars bis zu diesem Zeitpuncte unmöglich, so ist es genug, wenn der beschwerte Erbe oder Legatar wenigstens nach Kräften sich bestrebte, den Auftrag bis dahin in Erfüllung zu bringen (§. 710). Hat dagegen der Erblasser nicht ausdrücklich einen Zeitpunct festgesetzt, bis zu welchem der Auftrag in Erfüllung gehen solle, so muß er ihn nach der Vorschrift des §. 904 ohne unnöthigen Aufschub erfüllen. Von welchem Zeitpuncte beginnt aber die Berechnung des Aufschubes? — Herr Hofrath v. Zeiller bringt denselben in seinem Commentare von dem Zeitpuncte an in Rechnung, als sich der Beauftragte durch Uebernahme des Nachlasses zur Befolgung des Auftrages verbindlich gemacht hat; — allein da dem Erblasser, wie vorausgesetzt werden muß, doch daran gelegen ist, daß der Auftrag bald in Vollzug gesetzt werde, so scheint dem Erben oder dem Legatar doch nicht ganz freygestellt zu seyn, wann er sich entschließen wolle, die Erbschaft oder das Legat gegen Erfüllung des Auftrages zu übernehmen. — Ich glaube daher, daß sich dießfalls an die Analogie des §. 685 gehalten

werden müsse, zu Folge welchem jedes Vermächtniß längstens binnen einem Jahre zu entrichten ist, wenn nicht aus der Natur oder dem Zwecke des Auftrages zu entnehmen ist, daß der Erblasser einen kürzeren oder längeren Termin festsetzen wollte. Der Regel nach wird daher jeder, dem ein Erbtheil oder Legat unter einem Auftrage zugedacht ist, nach Jahresfrist verhalten werden können, daß er sich erkläre, ob er den Erbtheil oder das Legat übernehmen wolle; wo dann auch auf die unverzügliche Ausführung des Auftrages gedrungen werden kann. Ist der Auftrag von der Art, daß Niemand an der Erfüllung desselben ein Interesse hat, so ist es Sache des Testaments-Executors, oder eines vom Gerichte eigens aufzustellenden Curators, auf die Erfüllung des Auftrages zu dringen, worüber die Abhandlungsbehörde zu wachen hat; indem der Wille des Erblassers, in so fern er nichts Gesetzwidriges enthält, genau zu befolgen ist [1]). Ist aber der Auftrag nur zu Gunsten einer bestimmten Person erflossen, so wird es ihre Sache seyn, die Erfüllung des Auftrages zu begehren, und wird derselbe in der, nach den oben angedeuteten Grundsätzen, von dem Richter festzustellenden Frist nicht befolgt, — kann auf Einziehung des Erbtheiles oder Legates gedrungen werden.

§. 710.

In dem Falle, daß der Auftrag nicht genau erfüllt werden kann, muß man demselben wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen. Kann auch dieses nicht geschehen, so behält doch der Belastete, wofern aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegentheil erhellet, den zugedachten Nachlaß. Wer sich zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig gemacht hat, wird des ihm zugedachten Nachlasses verlustig.

1) Der Auftrag ist an und für sich von einer Bedingung wesentlich verschieden, und obgleich das Gesetz in Ansehung der

1) Hofkanzley-Decret vom 16. November 1826; P. G. S., 50. B., S. 122.

Rechtswirkung die Nicht-Erfüllung des Auftrages einer auflösenden Bedingung gleichstellet, so weicht es doch von der Strenge dieses Grundsatzes in dem Falle ab, wenn der Auftrag nicht in der Art erfüllt werden kann, wie er nach der Anordnung des Erblassers erfüllt werden sollte. — Es genügt, wenn der Wille des Erblassers so genau befolgt wird, als es die obwaltenden Umstände gestatten. — Wird z. B. die von dem Erblasser vorgeschriebene Art des feyerlichen Begräbnisses oder die angeordnete Errichtung eines Monumentes zu seinem Andenken von der öffentlichen Verwaltung nicht gestattet, so muß sie doch in einem ihr nahe kommenden, gestatteten Maße beobachtet werden. — Dieses wäre auch der Fall, wenn der Erblasser bey dem Auftrage auf die persönlichen Eigenschaften des Erben oder Legatars Rücksicht genommen, und z. B. einem Compositeur ein Vermächtniß mit dem Auftrage, ein Requiem zu componiren, welches an dem Jahrestage seines Ablebens abgehalten werden sollte, zugedacht hätte, und dieser vor Erfüllung des Auftrages gestorben wäre. — In diesem Falle müßten dessen Erben durch einen anderen Compositeur dem Auftrage zu entsprechen suchen.

2) Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare, daß in dem Falle, als das mit einem Auftrage verknüpfte Vermächtniß durch einen Zufall beträchtlich vermindert, oder der daraus zu bestreitende Aufwand durch die immittelst erfolgten Preiserhöhungen mit Rücksicht auf den Vortheil, der nach dem Willen des Erblassers dem Legatar übrig bleiben soll, sehr erhöhet würde, eine verhältnißmäßige Verminderung der Last Statt finden würde. — Allein ich kann mich dieser Meinung nicht anschließen. Das österreichische Gesetzbuch enthält keine ausdrückliche Bestimmung, aus welcher diese Behauptung abgeleitet werden könnte; es würde also in einem solchen Falle nach §. 7 nichts anders erübrigen, als auf andere in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht zu nehmen. Ein ähnlicher Fall ist aber in dem §. 650 entschieden. Ein Legatar kann sich nähmlich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth

des ihm zugedachten Legates übersteige, nicht entschlagen. — Es wird sich daher auch um so weniger der Erbe oder Legatar der vollständigen Erfüllung seines Auftrages aus dem Grunde entschlagen können, weil ihm die zugedachte Erbschaft oder Vermächtniß die ursprünglich verheißenen Vortheile nicht mehr gewähret. Meine Behauptung muß auch durch die Betrachtung am Gewichte gewinnen, daß das Gesetz einen solchen Auftrag als eine Bedingung ansieht, und der §. 699 sich dahin ausspricht, daß, wenn die Bedingungen möglich und erlaubt sind, das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden könne, und die in diesem §. enthaltene Abweichung von diesem Grundsatze keine weitere Ausdehnung gestattet, als in den Worten desselben enthalten ist.

3) Könnte der Auftrag nicht einmahl auf eine stellvertretende Art in Erfüllung gebracht werden, so kommt es hauptsächlich auf die Fassung der Worte und den wahrscheinlichen Willen des Erblassers an. Geht aus diesen hervor, daß der Erblasser den Auftrag als eine eigentliche Bedingung angesehen haben wolle, so treten die in Ansehung der Bedingungen erlassenen Vorschriften in Wirksamkeit. Außer diesem Falle vermuthet aber das Gesetz, daß der Erblasser wegen der unterbleibenden unmöglichen Erfüllung des Auftrages dem Begünstigten den Nachlaß nicht habe entziehen wollen. — Nur muß man, wie von Zeiller bemerkt, auch hier eine schwere Erfüllung von einer unmöglichen unterscheiden, und der Belastete müßte sich bey der ersteren wenigstens über sein eifriges Bestreben der Erfüllung ausweisen. Wer sich durch eine willkührliche, obgleich übrigens erlaubte Handlung in die physische oder sittliche Unfähigkeit, den Auftrag zu erfüllen, versetzt hat, muß sich den Verlust des Nachlasses selbst beymessen.

§. 711.

Wenn der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, zwar ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden, den Nachlaß zu dieser Absicht zu verwenden.

Von einem als Verbindlichkeit beygesetzten Auftrage (§. 709) unterscheidet sich die zwar ausgedrückte, aber nicht als Pflicht vorgeschriebene Absicht des Erblassers, wie z. B.: A soll ein Legat von 1000 fl. erhalten, damit er sich den strengen Prüfungen für die Doctorswürde unterziehen könne. Ob eine bestimmte Erklärung als ein Auftrag oder bloß als eine Zweckbestimmung anzusehen sey, muß theils aus den Ausdrücken (soll oder kann), theils aus dem Inhalte entnommen werden; so z. B. wird der ausgedrückte Zweck, wenn er einzig den Vortheil und die Befriedigung der Bedürfnisse des Begünstigten betrifft, bloß als einfache Zweckbestimmung angesehen werden müssen. — Hat aber die ausgedrückte Absicht die Beförderung eines allgemeinen oder eines Privat-Interesse, jedoch zu Gunsten eines Dritten, zum Zwecke, so muß die Disposition des Erblassers entweder als eine Bedingung oder als ein Auftrag angesehen werden. Wenn z. B. Stipendien für gute und gesittete Schüler ausgesetzt werden, so ist diese Disposition als Bedingung anzusehen, von deren Eintreffen die Erlangung des Rechtes, ein solches Stipendium zu genießen, abhängt (§. 699); zugleich ist selbe aber auch als ein Auftrag zu betrachten, fortwährend gut und gesittet zu verbleiben, und die Nicht-Erfüllung dieses Auftrages wird sohin den Verlust des Rechtes zur Folge haben (§. 709).

§. 712.

Die Anordnung, wodurch der Erblasser seinem Erben eine unmögliche oder unerlaubte Handlung mit dem Beysatze aufträgt; daß er, wofern er den Auftrag nicht befolgte, einem Dritten ein Legat entrichten soll, ist ungültig.

Die Worte des Gesetzes sind klar, und das von Zeiller gegebene Beyspiel, wenn z. B. der Erblasser sagte: A soll mein Erbe seyn (oder 10,000 fl. haben), wenn er aber den mir gehäßigen Ortsrichter nicht beschimpft (oder vom Amte absetzt), so soll er 1000 fl. in die Armen-Casse zahlen, den Sinn der Anordnung genau bezeichnend. Die Erbeseinsetzung oder das Ver-

mächtniß wäre hier so anzusehen, als ob der erwähnte Beysatz gar nicht gemacht worden wäre.

§. 713.

Von Aufhebung der Anordnungen, und zwar: 1) Durch Errichtung einer neuen Anordnung; eines Testamentes.

Ein früheres Testament wird durch ein späteres gültiges Testament, nicht nur in Rücksicht der Erbeseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen, aufgehoben; dafern der Erblasser in dem letzteren nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen soll. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen wird. Der übrig bleibende Theil fällt nicht den in dem früheren Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu.

1) Der zweyte Theil des gegenwärtigen Hauptstückes handelt von der Aufhebung der letzten Anordnungen, die a) durch eine neue Anordnung, oder b) durch bloßen Widerruf, oder c) durch Entsagung des Erben geschehen kann. Bey der ersten Art ist ein wichtiger Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen. In Ansehung der ersteren gilt die Regel, daß ein früheres Testament durch ein späteres gültiges Testament, ob sie gleich beyde ganz oder zum Theil neben einander bestehen könnten, gänzlich aufgehoben werde. Herr Hofrath von Zeiller führt als Grund dieser Anordnung, welcher auch als der gesetzliche angesehen werden kann, an, daß, sobald ein Erblasser ein Testament errichtet, zu vermuthen sey, er habe über seine ganze Verlassenschaft verfügen wollen, und daß sohin auch anzunehmen sey, ein Erblasser, welcher nach einem früheren Testamente, das ebenfalls die ganze Verlassenschaft zum Gegenstande hat, ein späteres errichtet, habe darin ganz anders über seine Verlassenschaft verfügen, folglich das frühere Testament gänzlich aufheben

wollen. Zu dem kömmt noch, daß diese Vermuthung auch schon bisher in der Praxis Statt gefunden, und bey den Einwohnern so tiefe Wurzeln gefaßt habe, daß sie ihren Begriffen von der Kraft und Wirkung eines späteren Testamentes, folglich dem Willen der Erblasser, worauf es hier einzig ankommt, vollkommen angemessen ist.

2) Bey den Römern galt der Satz, daß zwey oder mehrere Testamente nicht zugleich in Wirksamkeit seyn können, ganz allgemein, und es gehörte nur zu den Privilegien der Militär-Testamente, daß unter bestimmten Umständen mehrere zugleich gelten konnten. Dieses floß aus dem angenommenen Grundsatze, daß dem eingesetzten Erben immer die ganze Erbschaft zufallen müsse, und kein Erbtheil den gesetzlichen Erben zukommen könne. Da nun die österreichische Gesetzgebung diesen Grundsatz nicht mehr angenommen hat, so hat selbe auch im gegenwärtigen §. von obiger Regel in dem Falle eine Ausnahme festgesetzt, wenn der Erblasser in der letzteren Anordnung deutlich zu erkennen gibt, daß die frühere ganz oder zum Theile bestehen soll. Dabey können folgende Fälle unterscheiden werden: Hinterläßt nähmlich ein Erblasser zwey Testamente, so ist entweder a) in jedem Ein Universal-Erbe eingesetzt, oder b) es ist in dem früheren Testamente der Erbe zum Ganzen, im letzteren aber nur zu einem Theile berufen, oder c) es ist in dem früheren Testamente der Erbe nur zu einem Theile, und in dem späteren zur ganzen Erbschaft berufen, oder es ist d) in beyden Testamenten der Erbe nur zu einem Theile und zwar dergestalt eingesetzt, daß beyde Testamente ohne Widerspruch mit einander bestehen können, oder e) die Erbeseinsetzungen können nicht so bestehen, wie sie von dem Testator wörtlich angeordnet sind, z. B. er hätte im ersten Testamente angeordnet: ich setze den A zu zwey Drittel meines Vermögens als Erben ein, und im zweyten Testamente verfügt: ich setze den B zur Hälfte meines Vermögens als Erben ein. — In dem sub a) berührten Falle müssen die eingesetzten Universalerben als Miterben angesehen werden, und sie theilen daher die Erbschaft zu gleichen Theilen, in dem sub b) gesetzten Falle wird der in dem letzteren Testamente

eingesetzte Erbe den ganzen ihm in selben zugewendeten Theil, und der im ersten Testamente eingesetzte Erbe den Ueberrest erhalten, in dem sub c) erwähnten Falle wird der in dem früheren Testamente eingesetzte Erbe den bestimmten Betrag, und der im letzten zur Erbschaft Berufene den Ueberrest bekommen, in dem sub d) berührten Falle treten beyde Testamente in volle Wirksamkeit, und in dem sub e) gesetzten, wird der im letzten Testamente eingesetzte Erbe den darin ausgesprochenen Theil, und der frühere den Ueberrest erlangen.

3) Außer dem Falle aber, daß der Erblasser deutlich zu erkennen gab, daß sein früheres Testament bestehen soll, macht es nichts zur Sache, wenn das spätere Testament von der Art ist, daß nebst diesem auch das frühere Testament ganz wohl bestehen könnte. — Hat indessen der Erblasser in dem ersteren Testamente über einen Theil der Verlassenschaft verfügt, und in dem zweyten Testamente einer anderen Person einen solchen Theil der Erbschaft überlassen, welcher demjenigen ganz gleich kömmt, über den er nicht verfügt hat, so dürfte, wenn außer diesem noch andere Gründe hinzutreten, die Vermuthung begründet werden, der Erblasser habe beyde Testamente nebeneinander bestehen lassen wollen. Wie z. B., wenn der Erblasser in dem ersten Testamente den A zu zwey Drittheilen, und in dem zweyten Testamente den B zu einem Drittheil des Verlasses als Erben eingesetzt hätte; hätte er ausdrücklich hinzugesetzt, den übrigen Drittheil widme ich dem B, so hätte die Aufrechthaltung beyder Testamente gar keinen Anstand. Uebrigens wird durch das spätere Testament nicht nur allein die in dem früheren vorkommende Erbeseinsetzung, sondern es werden auch alle darin erscheinenden übrigen Anordnungen vollkommen entkräftet.

4) Doch muß das spätere Testament, wie der §. sagt, gültig seyn; weil das, was ungültig ist, keine rechtliche Wirkung hervorbringen, folglich auch die Aufhebung des früheren Testamentes nicht bewirken kann. Dieses ist der Fall, wenn es dem Testamente an der inneren Form gebricht (§§. 553 — 556), oder wenn der Mangel der äußeren Form (§§. 577 — 601) die Existenz einer echten letzten Anordnung, mithin auch den

Widerruf der früheren verdächtig und unerweislich macht. — Ist die zweyte letztwillige Anordnung zum Theile gültig und zum Theile ungültig, was z. B. unter anderen dann der Fall ist, wenn der mit einem Erbtheile oder Legate Bedachte selbst unter der erforderlichen Zeugen-Anzahl begriffen ist, so ist zu unterscheiden, ob die Ungültigkeit der letzteren Anordnung die Erbeseinsetzung selbst, oder eine andere Anordnung betrifft. — Im ersteren Falle muß weiters unterschieden werden, ob die Erbeseinsetzung ganz oder nur theilweise als ungültig anzusehen sey. Ist das Letztere der Fall, so ist die frühere Anordnung als widerrufen anzusehen, weil der Erblasser durch eine neue, obgleich nur theilweise Erbeseinsetzung das frühere Testament entkräftet hat; denn es ist hier für alle Fälle ein späteres gültiges Testament vorhanden. Ist aber die ganze Erbeseinsetzung ungültig, so ist eigentlich gar kein späteres gültiges Testament vorhanden, und die später errichtete letztwillige Anordnung ist in diesem Falle dann nur als ein Codicill zu betrachten und zu behandeln, von welchem der folgende §. handelt. — Betrifft die Ungültigkeit eine außer der Erbeseinsetzung gemachte Anordnung, so hindert sie die aufhebende Kraft der letzten Anordnung gleichfalls nicht. — Schlägt der in dem späteren Testamente eingesetzte Erbe die Erbschaft aus, so lebt dadurch das frühere Testament keineswegs wieder auf, sondern es tritt die gesetzliche Erbfolge ein.

5) Der §. redet bloß von einem früheren Testamente. Ein früheres Codicill wird daher durch ein späteres Testament nicht aufgehoben, da der Erblasser in jenem nicht über seine ganze Verlassenschaft verfügt, und vielmehr sich vorzubehalten scheint, über sein übriges Vermögen noch mittelst eines Testamentes zu verfügen, womit also auch das spätere Codicill, in so fern es damit vereinbarlich ist, bestehen soll. — Hat der Erblasser ausdrücklich erkläret, daß, wenn das Testament nicht als solches bestehen könnte, es doch als ein Codicill aufrecht erhalten werden sollte, so hat er ja eben seinen Willen dahin ausgedrückt, daß ihm besonders an der Aufrechthaltung der codicillarischen Verfügungen liege, und daß daher, wenn auch die Erbeseinsetzung wegfallen sollte, doch die übrigen Anordnungen in Wirksamkeit erhalten wer-

den sollen. Mir scheinet daher in einem solchen Falle das frühere Testament, durch das spätere, in so fern es nicht ausdrücklich das Gegentheil verfügt, nur in Ansehung der Erbeseinsetzung entkräftet zu werden.

6) Der gegenwärtige §. setzt offenbar voraus, daß durch das spätere Testament wenigstens eine theilweise Aenderung in der Erbeseinsetzung vor sich gehe. Hat der Erblasser in dem späteren Testamente die nähmliche Person, welche er früher zur Erbschaft berufen hatte, und zwar in dem nähmlichen Theile, zum Erben eingesetzt, so kann man eigentlich nicht sagen, er habe ein neues Testament gemacht, sondern er hat das frühere lediglich wiederhohlt, erneuert. Der §. sagt, ein früheres Testament wird durch ein späteres nicht nur in Rücksicht der Erbeseinsetzung u. s. w. aufgehoben; hat aber der Erblasser in dem späteren Testamente die frühere Erbeseinsetzung ganz wieder aufgenommen, so wollte er die Erbeseinsetzung nicht aufheben, sondern bestätigen. Der Erblasser erklärt ja hier durch seine eigene Handlung, daß die frühere Erbeseinsetzung fortan bestehen solle. — Man kann in diesem Falle nur sagen, der Erblasser habe über sein bereits gemachtes Testament eine neue Urkunde errichtet, aber nicht, er habe ein neues Testament gemacht; in so fern unter Testament die innere, und nicht lediglich die äußere, außerwesentliche Form verstanden wird. Setzen wir z. B. den Fall: Eine wegen periodischem Wahnsinn unter Curatel versetzte Person mache in dem Zustande ihrer vollen Besonnenheit ein Testament, worin sie zur einen Hälfte den A, zur andern den B als Erben einsetzt. In der Folge, nach gänzlicher Heilung, und hierauf erfolgter Aufhebung der Curatel macht eben diese Person aus Besorgniß, das frühere Testament möchte als ungültig angefochten werden, ein neues, worin sie gleichfalls, wie in dem früheren, den A und B zu gleichen Theilen als Erben einsetzt; in diesem Testamente wird aber das Versehen begangen, daß sich der B unter den drey Zeugen befindet, die dasselbe unterfertigten. Wer meine Ansicht nicht richtig findet, muß behaupten, daß der B nun ganz durchfalle; denn aus dem letzten Testamente könnte er nicht zur Erbschaft gelangen, weil dasselbe in Bezug auf diese Erbeseinsetzung un-

gültig ist (§. 594), und das frühere Testament wäre als aufgehoben zu betrachten (Nr. 4), folglich könnte er auch dasselbe nicht für sich anführen. — Die weitere Folgerung, die ich aus der obigen Bemerkung ziehe, ist, daß, wenn nebst der Erbeseinsetzung auch noch andere Anordnungen in der Testaments-Urkunde enthalten sind, beyde Testamente in dieser Hinsicht nur als Codicille angesehen werden können, in Ansehung derer die Vorschrift des folgenden §. in Wirksamkeit tritt.

§. 714.

Oder durch Errichtung eines neuen Codicills.

Durch ein späteres Codicill, deren mehrere nebeneinander bestehen können, werden frühere Vermächtnisse oder Codicille nur in so weit aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen.

1) Ein Codicill im juridischen Sinne ist eine Erklärung, welche mit Ausnahme einer Erbeseinsetzung, andere letzte Anordnungen zum Gegenstande hat (§. 553). Sobald ein Aufsatz eine Erbeseinsetzung enthält, ist er, ohne sich an die Benennung des oft unverständigen Verfassers zu kehren, für ein Testament, und umgekehrt, wenn sie keine Erbeseinsetzung enthält, für ein Codicill zu halten, wenn auch der Erblasser selben ausdrücklich mit der Aufschrift „Testament" versehen hätte. — Für eine Erbeseinsetzung ist es jedoch auch zu halten, wenn der Erblasser verordnet: das, was über Abzug der Schulden und Legate noch erübrigen wird, soll der N. N. bekommen. — Da nun ein Codicill nur einzelne Stücke und Bestandtheile der Verlassenschaftsmasse betrifft, so kann man daraus, daß der Erblasser nach einem früheren Testamente oder Codicille ein späteres Codicill errichtet, wie von Zeiller bemerkt, keinen Schluß ziehen, daß er selbe aufheben wollte; sondern man muß vielmehr annehmen, daß sie nach dem Willen des Erblassers nebeneinander bestehen sollen.

2) Eine Ausnahme von dem Gesagten tritt nur dann ein, wenn der Erblasser in dem neuen Codicille das frühere ausdrück-

lich oder stillschweigend aufgehoben hat. — Eine stillschweigende Aufhebung der früheren Anordnung muß aber dann als vorhanden angenommen werden, wann die spätere Anordnung mit der früheren im Widerspruche steht. — Ist der Widerspruch von der Art, daß er sich auf alle Theile der Anordnung, sohin auf das Ganze ausdehnet, so muß die frühere Anordnung auch als gänzlich aufgehoben angesehen werden, betrifft der Widerspruch aber bloß einen Theil, so bleibt der der früheren Verfügung, der mit der späteren in keinem Widerspruche steht, aufrecht stehen, und nur der andere Theil wird aufgehoben. Wenn z. B. der Erblasser dem A das unbeschränkte Eigenthum eines Grundstückes legirt, später aber dem B die Fruchtnießung desselben vermacht hätte, so würde der A allerdings das Eigenthum desselben, jedoch mit der darauf haftenden Beschränkung der Fruchtnießung von Seite des B erhalten. Hat der Erblasser in der früheren Anordnung Jemanden eine bestimmte Summe, oder eine Sache von einer bestimmten Gattung legiret, und er vermacht in der Folge eine gleiche Summe, oder eine Sache gleicher Gattung an einen Anderen, so haben beyde Theile auf das Legat Anspruch (§. 660).

§. 715.

Kann man nicht entscheiden, welches Testament oder Codicill das spätere sey, so gelten, in so fern sie nebeneinander bestehen können, beyde, und es kommen die im Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums aufgestellten Vorschriften zur Anwendung.

1) Da das Datum kein wesentliches Erforderniß einer letztwilligen Anordnung ist (§. 578), so kann es sich öfters ereignen, daß es zweifelhaft wird, welche Anordnung die frühere oder spätere sey. — Manchmahl läßt sich der Zweifel aus dem Inhalte der Anordnungen selbst heben, wenn z. B. in einer der beyden Anordnungen ausdrücklich von der anderen eine Erwähnung gemacht wird, oder wenn beyde Anordnungen auf einem und dem nähmlichen Papiere erscheinen, — oft aber wieder durch die Aussage

der zugezogenen Zeugen, — oft durch die Vergleichung mit anderen theils früheren, theils späteren Handschriften des Erblassers, oder durch eine genaue Berücksichtigung der in der einen und anderen Anordnung vorkommenden Umstände behoben. Bey Codicillen ist, wie von Zeiller bemerkt, wenn sie sich nicht widersprechen, der Zweifel von keiner Wichtigkeit, weil sie ohne Rücksicht auf die Zeitordnung nebeneinander bestehen können (§. 714), bey Testamenten aber ist die Ausmittelung, welches das frühere oder das spätere sey, für alle Fälle von Wichtigkeit.

2) Sind zwey Testamente vorhanden, und es läßt sich nicht ausmitteln, welches das frühere oder spätere sey, so gelten, in so fern sie beyde nebeneinander bestehen können, beyde in ihrem vollen Umfange; denn die Gültigkeit des einen oder anderen könnte nur aus dem Grunde bestritten werden, daß eines, als das frühere, durch das spätere aufgehoben worden sey (§. 713), was nach der Voraussetzung nicht erweislich ist. — Setzen wir also den Fall: der Erblasser hätte in dem einen Testamente dem A, und in dem anderen dem B die Hälfte der Erbschaft, und (in einzelnen Codicillen) den Legataren theils Summen, theils von einander verschiedene einzelne Sachen zugedacht, so würden alle Legatare ihre vollen Legate, und die Erben die ihnen ausgemessenen Erbtheile erhalten [1]).

3) Können aber dergleichen Testamente oder Codicille ihrem vollen Inhalte nach nebeneinander nicht bestehen, so müssen sie doch nach dem im §. 558 ausgesprochenen Grundsatze, in so weit es geschehen kann, aufrecht erhalten werden; es müssen daher die im sechzehnten Hauptstücke aufgestellten Vorschriften in Anwendung treten. Wenn daher z. B. eine einzelne Sache in beyden Anordnungen zweyen verschiedenen Personen legirt ist, so werden nach §. 825 beyde gemeinschaftliche Eigenthümer werden, und die Antheile beyder werden nach §. 839 gleich groß angesehen. — In dem Falle, daß die den Erben bestimmten Theile die Masse übersteigen, wäre sich an die §. 558 auseinander gesetzten Directiven zu halten. Wenn daher z. B. in einem Testamente der A zur Hälfte, B aber zu zwey Drittheilen in dem anderen

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesen §. Nr. 2.

Testamente eingesetzt wäre, so würde der A drey Siebentheile, der B aber vier Siebentheile der Erbschaft erhalten. — Alles, was hier gesagt worden ist, gilt auch für den Fall, wenn mehr als zwey Testamente oder Codicille vorhanden wären.

4) Doch diese aufgestellten Grundsätze können nur in so weit gelten, als Erben mit Erben, und Legatare mit Legataren in Collision treten. — Hat der Erblasser zwey oder mehrere Testamente hinterlassen, — in selben außer der Erbeseinsetzung auch mehrere codicillarische Verordnungen beygefügt, so können Rechtsconflicte entstehen, zu deren Lösung die Worte des §. nicht zureichen. — Ich will diese Bemerkung gleich durch ein Beyspiel anschaulich machen. Setzen wir den Fall: es seyen zwey Testamente vorhanden; in einem derselben ist A als Erbe eingesetzt, und dieser mit Legaten (in einzelnen Summen) bebürdet, welche zusammen die Summe von 6000 fl. ausmachen. In dem anderen ist B als Erbe eingesetzt, und dabey dem C ein Legat von 4000 fl. vermacht. — Die reine Erbschaft betrage 10000 fl. Die Legate stehen unter sich in keinem Widerspruche. — Würden aber nun die Legate alle befriedigt, so würde dadurch schon die reine Erbschaft ganz aufgezehrt, und weder A noch B würde aus der Verlassenschaft Etwas erhalten. Dieses wäre aber ganz gegen die Absicht des Erblassers; denn bey diesen zweyen Testamenten ist nur ungewiß, ob A oder B Erbe sey, — aber gewiß, daß entweder der eine oder der andere einen Theil der Verlassenschaft erhalten hätte. — Daß beyde eingesetzte Erben ganz durchfallen sollen, ist gerade gegen den Willen des Erblassers. — Das ungünstigste Verhältniß, welches im gesetzten Falle, für die Erben als vorhanden angenommen werden kann, ist, wenn selbe mit der größten Legats-Summe beschweret werden; denn nimmt man das eine oder andere Testament als das frühere oder spätere an, so bleibt es immer gewiß, daß der Erblasser den Erben mit keiner größeren Last an Legaten, als mit 6000 fl. bebürden wollte, und die Legatare können sich daher nicht beschwert finden, wenn ihnen nicht mehr als die 6000 fl. zu ihrer Befriedigung zugewiesen werden. In diesem Falle würde daher der A als Erbe 2000 fl. und der B gleichfalls 2000 fl. erhal-

ten, und die Legatare würden diese 6000 fl. nach dem Verhältnisse der ihnen legirten Summen theilen. Mit dieser Zuweisung scheinet sich aber der Erbe B nicht zufrieden geben zu dürfen; denn er ist durch den Willen des Erblassers mehr begünstigt worden, als der A, und diese größere Begünstigung muß daher auch hier zum Vorscheine kommen. Der Erbe A erhält durch das gesetzte Beyspiel die Hälfte desjenigen, was er in dem Falle erhalten würde, wenn er erweisen könnte, daß das Testament, worin er als Erbe eingesetzt wird, das spätere sey, damit nun der B mit dem A in ein gleiches Verhältniß trete, muß jenem gleichfalls die Hälfte desjenigen zugewiesen werden, was er in dem ähnlichen Falle erhalten würde. Da nun dieser, wenn die Anordnung, worin er als Erbe eingesetzt ist, die spätere wäre, 6000 fl. als Erbschaft bekommen würde, so muß ihm im gegenwärtigen Falle die Summe von 3000 fl. zugetheilt werden, welche natürlich nur von den Legaten in Abzug gebracht werden kann. — Werden sich aber durch diesen Abzug nicht die Legatare beschwert finden können? — Keineswegs; denn in einem solchen Falle kann auch keiner der Legatare auf etwas mehreres Anspruch machen, als daß er die Hälfte dessen erhalte, was er erhalten haben würde, wenn die Anordnung, worin ihm das Legat zugedacht wird, die spätere seyn sollte. Daher können die in dem Testamente, worin A als Erbe eingesetzt ist, aufgeführten Legatare nur auf 3000 fl. und der C nur auf 2000 fl. Anspruch machen; die durch diese Vertheilung ersparten 1000 fl. fallen dem B zu.

5) Es läßt sich daher hier die allgemeine Regel aufstellen, daß in denjenigen Fällen, wo zwey oder mehrere Testamente vorhanden sind, von denen nicht erörtert werden kann, welches das spätere oder frühere sey, jedem der eingesetzten Erben oder Legatare der so vielte Theil desjenigen, was er erhalten würde, wenn die Anordnung, worin er bedacht ist, aufrecht erhalten würde, zugewiesen werden soll, als Testamente vorhanden sind; denn nur auf diese Art und Weise wird eine Gleichheit unter den einzelnen Theilnehmern an der Erbschaft hergestellt [1]).

1) Vorausgesetzt, daß der Erblasser in jedem Testamente über das Ganze verfügt hat.

6) Ein noch etwas verwickelteres Rechtsverhältniß kann sich in dem Falle ergeben, wenn nebst zweyen oder mehreren Testamenten, auch eines oder mehrere abgesonderte Codicille vorhanden sind. Da ein früheres Codicill durch ein späteres Testament nicht aufgehoben wird, so können auch die in den Testamenten vorkommenden Erbeseinsetzungen die vollständige Befriedigung der in dem abgesonderten Codicille mit Vermächtnissen bedachten Personen nicht aufhalten. Es müssen daher in dem gesetzten Falle, die vorhandenen Testamente nach den oben gegebenen Weisungen in eine Vereinigung gebracht werden, und das Resultat derselben ist dann so anzusehen, als ob der Erblasser nur Ein Testament gleichen Inhalts gemacht hätte. Nehmen wir zur Erläuterung dessen das vorige Beyspiel zur Hand, und setzen wir, daß der Erblasser außer den oberwähnten zwey Testamenten auch ein Codicill hinterlassen hätte, worin er z. B. dem Cajus ein Legat von 1000 fl. vermachte. Es müßten also zuvörderst diese beyden Testamente auf vorgedachte Art in Eines zusammengefaßt werden, und die auf solche Art in eines vereinigten Testamente wären daher so anzusehen, als ob der Erblasser nur Ein Testament hinterlassen, in selben den A und B zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt, dabey 5000 fl. den einzelnen Vermächtnißnehmern zugetheilt, dem Erben B aber noch insbesondere ein Prälegat von 1000 fl. vermacht hätte. Nebst diesem Testamente ist nun aber auch das besondere Codicill vorhanden, und die Erben A und B hätten sonach dem im gedachten Codicille berührten Legatar die vermachten 1000 fl. auszuzahlen.

§. 716.

Aufhebung der Anordnung ungeachtet der früher erklärten Unabänderlichkeit.

Der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beysatz, daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmahle bezeichnet ist, null und nichtig seyn soll, verhindert zwar den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern; allein, wenn er in der späteren Verordnung den eben angeführten all-

gemeinen oder besonderen Beysatz nicht ausdrücklich aufhebt, so wird nicht sein späterer, sondern sein früherer Wille für gültig angenommen.

1) Es liegt in dem Begriffe eines Testamentes oder Codicilles, daß es widerruflich sey, und während der Lebenszeit des Erblassers Niemand daraus für sich ein Recht ableiten könne. Der Erblasser ist also, wie von Zeiller bemerkt, ungeachtet des festesten Vorsatzes oder der feyerlichsten Versicherung, daß es unabänderlich bey seiner Erklärung verbleiben soll, noch immer berechtiget, seine Erklärung abzuändern, und ein späteres Testament, wodurch das erstere gänzlich (§. 713) oder ein späteres Codicill, wodurch das erstere, in so weit es damit im Widerspruche stehet (§. 714), aufgehoben wird, zu errichten.

2) Indessen kann der Erblasser in der Lage seyn, befürchten zu müssen, daß ihm eine Anordnung unterschoben, oder er durch Zwang, oder wenigstens nicht leicht abweisbare Zudringlichkeit gegen seinen Willen zu einer späteren Anordnung bestimmt werden könnte. — Er erklärt daher zum voraus, daß jede spätere Anordnung überhaupt ungültig, oder daß sie nur dann gültig seyn soll, wenn sie ein bestimmtes Merkmahl enthalten würde, z. B. ein bestimmtes Zeichen der eigenhändigen Unterschrift, ein Beysatz, ein doppeltes Handzeichen u. s. w. In diesem Falle muß der Erblasser, wenn es ihm um die Aufrechthaltung seiner letzten Willens-Erklärung zu thun ist, das besondere Merkmahl derselben beyrücken, oder ausdrücklich erklären, daß es dadurch von seiner allgemeinen Erklärung der Ungültigkeit jeder späteren Anordnung, oder daß es von der Beyrückung des besonderen Merkmahls der Gültigkeit, dessen sich der Erblasser vielleicht nicht mehr bewußt ist, abzukommen habe.

§. 717.

2) Durch Widerruf.

Will der Erblasser seine Anordnung aufheben, ohne eine neue zu errichten, so muß er sie ausdrücklich entweder mündlich oder schriftlich widerrufen, oder die Urkunde vertilgen.

Mit einem solchen bloßen Widerrufe kann sich der Erblasser begnügen, wenn er es lediglich bey der Intestat-Erbfolge belassen will, ohne die Erbschaft ganz oder zum Theile auf andere Testamentserben zu übertragen, oder Personen mit Vermächtnissen zu bedenken. Der Widerruf ist theils ein ausdrücklicher (schriftlicher oder mündlicher), theils ein vermutheter.

§. 718.

Der Widerruf kann nur in einem solchen Zustande gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann seinen letzten Willen gültig widerrufen.

1) Jeder Widerruf eines Erblassers in Hinsicht auf Erbeseinsetzung oder Vermächtnisse ist eine Erklärung des letzten Willens (§. 552). Ein gültiger Widerruf kann also überhaupt nur von einem fähigen Erblasser, in einem vom Zwange und Irrthume freyen Zustande, mit voller Besonnenheit und Ueberlegung geschehen (§. 565). — Indessen wird auch hier so, wie bey Errichtung eines letzten Willens, demjenigen der Beweis obliegen, welcher behauptet, daß der Erblasser bey seinem gemachten Widerrufe, dieser mag ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, sich in einem solchen Zustande befunden habe, worin man einen letzten Willen zu erklären unfähig ist.

2) Obschon ein gerichtlich erklärter Verschwender nur über die Hälfte seines Vermögens zu verfügen berechtiget ist, so ist er bey dem Widerrufe der früheren letzten Anordnung doch nicht auf die Hälfte beschränkt, sondern er kann dieselbe in allen ihren Theilen gültig widerrufen; denn da durch den Widerruf nichts anders erzweckt wird, als daß die gesetzliche Erbfolge in ihrem vollen Umfange in Wirksamkeit trete (§. 723), so treten hier die Gründe nicht ein, welche den Gesetzgeber zu der im §. 568 ausgesprochenen Beschränkung bestimmt haben.

§. 719.

a) Durch einen ausdrücklichen Widerruf.

Ein mündlicher Widerruf einer gerichtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines mündlichen Testamentes nöthig sind; ein schriftlicher aber, eine von dem Erblasser eigenhändig geschriebene und unterschriebene, oder wenigstens von ihm und den zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung.

1) Es ist gerecht und billig, daß man sich von dem Daseyn eines Widerrufes die nähmliche beruhigende Ueberzeugung verschaffe, wie von einer letzten Anordnung überhaupt, in welcher der Erblasser sein Vermögen, entweder ganz oder theilweise, Jemanden auf den Todesfall überläßt. Daher die Vorschrift des Gesetzes, daß der ausdrückliche Widerruf in eben jener Form erklärt werden müsse, welche für letzte Willens-Erklärungen überhaupt vorgeschrieben ist.

2) Diesem zu Folge kann ein Minderjähriger, der das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hat, nur vor Gericht mündlich seinen Widerruf erklären, hat er aber dieses Alter bereits überschritten, so kann er seinen letzten Willen, den er vor zurückgelegtem achtzehnten Jahre gerichtlich erklärt hat, auch außergerichtlich mündlich oder schriftlich, nach den für außergerichtliche Anordnungen festgesetzten Normen, widerrufen, und eine begünstigte letzte Anordnung kann nach verstrichener Begünstigungszeit nur durch einen in der allgemeinen äußeren Form geschehenen Widerruf entkräftet werden, umgekehrt aber kann eine unbegünstigte, in der allgemeinen Form errichtete letzte Anordnung zur Zeit einer eintretenden Begünstigung in der begünstigten Form widerrufen und aufgehoben werden.

§. 720.

Eine Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben oder Legatar unter angedrohter Entziehung eines Vortheiles verbiethet, den letzten Willen zu bestreiten, soll für den Fall, daß nur die Echtheit oder der Sinn der Erklärung angefochten wird, nie von einer Wirkung seyn.

1) Der gegenwärtige §. soll offenbar eine Ausnahme von einer Regel festsetzen, welche im Gesetze selbst nicht klar ausgesprochen erscheinet. Nach den Worten des gegenwärtigen §. scheinet er die Regel vorauszusetzen, daß der Erblasser seinem Erben oder Legatar unter der Androhung: den ihm zugedachten Vortheil zu entziehen, zu verbiethen das Recht habe, daß er seine letzte Anordnung bestreite, und daß, wenn der Erbe oder Legatar dessenungeachtet dieselbe bestreiten sollte, er des ihm zugedachten Vortheils verlustig werde, ohne Unterschied, ob der Ausgang des Streites zeiget, daß die Anfechtung von Seite des Erben gegründet war oder nicht. Für diese Ansicht spricht sich von Zeiller aus, wie aus den Endworten seiner Erläuterung zu diesem §. zu entnehmen ist, und Herr General-Auditor-Lieutenant Bergmayr [1]) folgert gleichfalls aus dem gegenwärtigen §., daß ein aus dem freyvererblichen Vermögen des Erblassers, unter Beyfügung dieses Verbothes bedachter Erbe oder Legater demnach seines Erbtheiles oder Legates verlustig würde, wenn er z. B. die Fähigkeit eines Miterben oder Legatars, oder die vom Erblasser gemachte Berechnung des Pflichttheiles, oder die angeordnete Anrechnung früher empfangener Sachen zum Pflichttheile, obgleich mit rechtlich gültigen Gründen, bestreiten würde. — Dagegen erklärt sich Herr Regierungsrath Professor Winniwarter in der Recension des citirten Werkes [2]), daß diese Folgerung nicht zugeben werden könne, indem sonst der Erblasser dadurch die Frey-

1 Dessen bürgerliches Recht der k. k. österreichischen Armee 1. Theil S. 410.

2) Wagn. Zeitsch. 1830 XII. Heft N. B. S. 552.

heit bekäme, sich von der Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften nach Belieben loszuzählen. Wäre z. B. ein Unfähiger mit einem Fähigen ohne Bestimmung der Theile zum Erben eingesetzt, und das Verboth, diese Anordnung zu bestreiten, beygefügt, so würde auch der Unfähige seinen Erbtheil erlangen, indem der Miterbe nicht bestreiten dürfte, wenn er nicht seinen eigenen Antheil verlieren, und somit auch des Zuwachses beraubt werden wollte; Andere aber zur Bestreitung schwerlich Lust haben werden, da der Vortheil davon nicht ihnen, sondern den Miterben zu Guten käme. Bey dem Pflichttheile sey dieses noch einleuchtender. Dürfte der Notherbe die von dem Erblasser gemachte Berechnung des Pflichttheiles, oder die von ihm angeordnete Anrechnung, ohne Verlust seines Erbtheiles nicht bestreiten; so könnte ihm der Erblasser seinen Pflichttheil nach Belieben schmälern, und sich über die Anordnung des §. 774: „Jede den Pflichttheil beschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig" hinaussetzen. — Nach seiner Meinung kann also aus dem gegenwärtigen §. nur gefolgert werden, daß der Bestreitende den ihm zugedachten Vortheil verliert, wenn er die Anordnung des Erblassers ohne hinlängliche Gründe bestritten hat; denn nur ungegründete Bestreitungen hintanzuhalten, könne die Absicht des Gesetzes seyn, und nur solche gestattet es demnach dem Erblasser, unter Androhung der Entziehung eines Vortheiles, zu verbiethen.

Es ist wohl gewiß, daß ein inneres Rechtsgefühl gegen die unbedingte Annahme des Grundsatzes streitet, daß derjenige, der den letzten Willen des Erblassers, obgleich mit allem Grunde, bestreitet, den ihm in selbem zugedachten Vortheil verlieren solle. Indessen genügt die innere Stimme dieses Rechtsgefühles nicht; wir müssen hier den juridischen Gesichtspunct aufsuchen, aus welchem die gegenwärtige Anordnung ihre Beleuchtung erhält.

Diesen Gesichtspunct hat aber bereits Herr Hofrath von Zeiller angedeutet, da er sagt: Eine solche Androhung kann man als eine auflösende Bedingung (§. 696), als einen Auftrag (§. 709) oder auch als einen vorläufigen Widerruf betrachten. Die letzteren beyden Ansichten geben an und für sich keine Ausbeute, indem man, wenn man die Rechtswirkungen eines Auftrages, oder

eines solchen vorläufigen Widerrufes auseinander setzen wollte, man immer wieder auf jene Grundsätze zurückkehren müßte, welche das Gesetz bey der Lehre von den Bedingungen aufgestellt hat. Es bleibt daher nichts anders übrig, als eine solche Anordnung nach denjenigen Grundsätzen zu behandeln, welche das Gesetz in Ansehung der auflösenden Bedingungen festgestellt hat. — Wenn also der Erblasser Jemanden einen Vortheil zusichert, jedoch dabey anordnet, daß er diesen Vortheil verlieren solle, wenn er seinen letzten Willen bestreiten würde, so kömmt es wesentlich auf zwey Umstände an: a) ob der zugedachte Vortheil wirklich ein solcher sey, d. i. ob nicht derjenige, dem derselbe zugedacht ist, schon vermög der Vorschrift des Gesetzes hierauf einen Anspruch zu machen habe, — und b) ob die Bedingung der Nicht-Bestreitung des Testamentes nicht als eine unerlaubte Bedingung anzusehen sey? — Ist der Erblasser durch das Gesetz zur Ueberlassung dieses Vortheiles verpflichtet, so liegt es in der Natur der Sache, daß der Erblasser denselben auch durch keine Bedingung beschränken könne, — und ist die Bedingung der Nicht-Bestreitung des Testamentes als eine unerlaubte anzusehen, so ist selbe auch als nicht beygesetzt zu achten (§. 698). Als unerlaubt ist sie aber dann anzusehen, wenn dem öffentlichen Interesse selbst daran liegt, daß der letzte Wille nicht zur Ausführung komme; denn es kann nicht gestattet seyn, Jemanden eine Handlung zu verbiethen, welche die Beförderung des öffentlichen Interesse zur Folge hat. — Um die Folgerungen meiner Ansicht anschaulicher zu machen, will ich einige Bestreitungsfälle hier anführen.

a. Der Erblasser setze seinen Bruder, als nächsten Anverwandten, und eine fremde Person als Erben mit dem Beysatze ein, daß sein Bruder den ihm zugedachten Erbtheil verlieren sollte, wenn er die Erbeseinsetzung der fremden Person bestreiten sollte. — Nun bestreitet der Bruder wirklich diesen letzten Willen, aus dem Grunde, weil der Erblasser zur Zeit dieser Anordnung nicht bey Verstande gewesen sey. — In diesem Falle wird es darauf ankommen, ob er in dem Streite obsiege oder nicht. Im ersten Falle muß das ganze Testament in allen seinen Theilen als ungültig erklärt werden; es tritt daher die Intestat-

Erbfolge ein, und der Bruder kann sich nun aus dem Gesetze als Erbe erklären; im zweyten aber wird er allerdings den ihm im Testamente zugedachten Vortheil verlieren, denn da die als Miterbe eingesetzte Person, wie vorausgesetzt wird, eine solche ist, welche ohne Beleidigung des öffentlichen Interesse zur Erbschaft gelangen kann, so ist die von dem Erblasser seiner Anordnung beygerückte auflösende Bedingung keineswegs als eine unerlaubte anzusehen.

b. Der Erblasser setze seinen Vetter und eine Person, mit welcher er erwiesenermaßen im ehebrecherischen Verhältnisse lebte, ein. — Der Vetter bestreitet nun aus dem §. 543 die Gültigkeit des Testamentes, so wird er seinen Erbtheil nicht verlieren, wenn auch ein näherer Anverwandter des Erblassers vorhanden wäre, weil die Anordnung des Erblassers, auf diesen Fall bezogen, als eine unerlaubte auflösende Bedingung anzusehen wäre. Würde derselbe aber unter dem Vorgeben, daß der Erblasser mit der miteingesetzen Miterbinn ehebrecherischen Umgang gepflogen habe, das Testament bestreiten, dieses Vorgeben aber ungegründet befunden werden, so würde er allerdings seinen zugedachten Erbtheil verlieren, indem die Anordnung, daß der Erbe den letzten Willen nicht aus ungegründeten Vorwänden anfechten solle, als keine unerlaubte Bedingung angesehen werden kann.

c. Der Erblasser setzt seinen Sohn auf den Pflichttheil ein, und vermacht ihm nebst dem ein Prälegat von 1000 fl., ordnet aber zugleich an, daß er sich die bereits bey Lebzeiten erhaltenen Gaben in den Pflichttheil einrechnen lassen müsse, widrigens die zugedachten Vortheile verlieren sollte. — Nun bestreitet aber der Sohn den letzten Willen seines Vaters in Bezug auf die Anrechnungsposten, indem er behauptet, daß mehrere unter den bey Lebzeiten seines Vaters erhaltenen Gaben sich befinden, die er sich nach §. 788 anrechnen zu lassen nicht verpflichtet ist. — In diesem Falle müßte sich derselbe für jeden Fall mit dem Pflichttheile begnügen, und müßte den ihm vermög dem Willen des Erblassers allenfalls zugedachten größeren Vortheilen entsagen. Seinen Pflichttheil kann ihm aber der Vater

unter keiner Form oder Modalität schmälern oder entziehen; denn ihm steht nach §. 808 hier lediglich die Wahl frey, ob er sich aus dem Willen des Erblassers zum Erben erklären, oder die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheiles ausschlagen wolle. Im ersteren Falle muß er den Willen des Erblassers genau in Erfüllung bringen.

2) Von der in diesem §. indirecte aufgestellten Regel, dessen Umfang ich durch das Gesagte zu bestimmen bemüht war, macht nun das Gesetz hier selbst zwey Ausnahmen, nähmlich: wenn a) die Echtheit oder b) der Sinn der Erklärung angefochten wird. Es kann nähmlich die Absicht des Erblassers unmöglich dahin gehen, auch eine unechte, von ihm gar nicht herrührende Anordnung, oder eine Anordnung, mit der es ihm noch gar nicht Ernst gewesen ist, aufrecht zu erhalten, oder zu verhindern, daß sein wahrer Wille nach echten Auslegungsregeln an das Tageslicht gefördert werde. — Der Bestreitung der Echtheit des letzten Willens ist es gleich zu halten, wenn Jemand die Ungültigkeit einer Anordnung wegen Mangel der gesetzlichen Förmlichkeiten bestreitet, weil diese hauptsächlich zu dem Zwecke eingeführt sind, um sich dadurch von der Echtheit der letzten Willens-Erklärung zu überzeugen, und jede Unterschiebung hintan zu halten.

§. 721.

b) Durch einen stillschweigenden Widerruf.

Wer in seinem Testamente oder Codicille die Unterschrift durchschneidet, sie durchstreicht, oder den ganzen Inhalt auslöscht, vertilgt es. Wenn von mehreren gleichlautenden Urkunden nur Eine vertilgt worden; so kann man daraus auf keinen Widerruf schließen.

1) Ein stillschweigender Widerruf des letzten Willens geschieht, wie von Zeiller bemerkt, durch an der Urkunde vorgenommene Handlungen, welche den Widerruf an den Tag legen. Als eine solche Handlung wird hier nicht nur die von dem Erblasser absichtlich vorgenommene gänzliche Vernichtung der Urkunde, son-

dern auch die Auslöschung oder Durchstreichung des ganzen Inhalts, oder auch bloß seiner Unterschrift (oder seines Handzeichens §. 580), wodurch er zu erkennen gibt, daß der Aufsatz nicht als sein letzter Wille betrachtet werden soll.

2) Die Durchstreichung oder Durchschneidung unwesentlicher Bestandtheile des Testamentes z. B. des Siegels, der Zeugenunterschriften, oder die Vertilgung der zum Gedächtnißbehufe geschehenen Aufzeichnung einer mündlichen Willens-Erklärung (§. 585) oder die Vertilgung einer aus mehreren gleichlautenden Urkunden ist noch als kein Widerruf anzusehen. Wird nun ein Theil des Codicills oder Testaments gelöscht, so wird nicht die ganze Anordnung, sondern nur der Inhalt aufgehoben, welcher gelöscht wird. Die Zurücknahme eines gerichtlich hinterlegten Testamentes (§. 587) in die eigene Verwahrung kann gleichfalls als keine förmliche Widerrufung angesehen werden; jedoch würde dasselbe dadurch die Eigenschaft eines gerichtlichen verlieren, und würde sohin nur dann von Gültigkeit seyn, wenn es mit allen Erfordernissen eines außergerichtlich errichteten schriftlichen Testamentes versehen wäre.

§. 722.

Sind die gedachten Verletzungen der Urkunde nur zufällig geschehen; oder, ist die Urkunde in Verlust gerathen; so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht; wenn anders der Zufall durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten und der Inhalt der Urkunde auf die Art erwiesen wird, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß.

1) Nach der am Tage liegenden Absicht des Gesetzgebers, welche aus diesem §. hervorleuchtet, kann hier das Wort: zufällig, nicht im strengen Verstande, vermög welchem es sonst ein von der Handlung eines Menschen verschiedenes Ereigniß bezeichnet, genommen werden (§. 1294), sondern ist hier bloß der eigenen absichtlichen Handlung des Erblassers entgegengesetzt, so, daß also unter zufälligen Beschädigungen alle diejenigen

nigen verstanden werden müssen, welche ihren Grund anderswo, als in einer absichtlichen Handlung des Erblassers haben.

2) Werden solche Verletzungen in der Urkunde vorgefunden, so wird angenommen, daß sie von dem Erblasser herrühren, der sie mit Vorbedacht und Absicht gemacht hat. — Wer daher das Gegentheil behauptet, dem liegt der Beweis ob. — Als Grund dieser gesetzlichen Anordnung führt Herr Hofrath von Zeiller an, theils, weil die in die Augen fallende Löschung für den Nichtbestand oder die Aufhebung das Wort führet, theils, weil man mit Grunde vermuthet, daß der Erblasser für die sichere Bewahrung einer so wichtigen Urkunde werde Sorge getragen haben. — Der Beweis, daß die Verletzung nur zufällig geschehen sey, wird durch die gewöhnlichen, in der Gerichtsordnung über Thatsachen bestimmten Beweisarten, vorzüglich durch zwey Zeugen, oder Einen Zeugen und den Erfüllungseid, oder auch mittelst Auftragung des Haupteides geführt. Das Nähmliche gilt, wenn die Urkunde gar nicht aufgefunden wird.

3) Nächst dem Zufalle muß aber von jenem, der aus der Anordnung ein Recht anspricht, auch der unleserliche oder vermißte Inhalt der Anordnung bewiesen werden. Wie wird aber dieser Beweis hergestellt? — Das Gesetz beantwortet diese Frage dahin, daß dieser Beweis auf eben jene Art hergestellt werde, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß. In der Anwendung dieser gesetzlichen Vorschrift ergeben sich aber mehrere Schwierigkeiten. Der §. 586 nähmlich ordnet an, daß eine mündliche letzte Anordnung, um rechtskräftig zu seyn, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drey Zeugen, oder, wofern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwey übrigen bestätigt werden müsse. Dieser §. setzt daher bestimmte Personen, nähmlich diejenigen, welche bey der mündlichen Anordnung von dem Erblasser als Zeugen zugezogen worden sind, voraus, und es entsteht daher die Frage: ob hier auch die nähmlichen Zeugen, welche bey einer schriftlichen Urkunde unterfertiget sind, zugezogen werden müssen, oder ob auch andere Zeugen hinreichen, welche das Testament gesehen und gelesen haben? — Wenn man bedenkt, daß, wenn nur die Z-

über den Inhalt des Testamentes einen Beweis herstellen könnten, welche in dem letzten Willen unterzeichnet sind, über den Inhalt eines ganz eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testamentes, welches mit gar keinem Zeugen gefertiget wurde, gar kein Beweis hergestellt werden könnte, ferners, daß auch die unterfertigten Testamentszeugen über den Inhalt desselben nicht immer Aufschluß geben können (§§. 579 u. 580), so ist wohl kein Zweifel, daß eine jede Person, welche den Inhalt der letzten Anordnung eingesehen hat, als Zeuge aufgeführt werden kann, und daß sich sohin der in dem gegenwärtigen §. berührte Beweis über den Inhalt einer in Verlust gerathenen oder ganz unleserlich gewordenen letzten Anordnung von dem in dem §. 130, der Gerichtsordnung erwähnten Beweise des Inhaltes der verlornen Urkunde in nichts anderem unterscheide, als daß im ersteren Falle drey fähige Zeugen erforderlich seyn, während im letzteren der Beweis durch zwey Zeugen, allenfalls auch durch Einen Zeugen mit Zuhülfnahme des Erfüllungseides, und durch den Haupteid hergestellt werden kann. — Nur wenn Einer aus den drey aufgeführten Zeugen in der Folge wegen eingetretenen Umständen nicht mehr vernommen werden könnte, wäre die übereinstimmende Aussage der beyden übrigen zur Herstellung des Beweises hinreichend (§. 586).

4) Ist die Urkunde ganz gelöscht oder vernichtet worden, oder ist sie verloren gegangen, so scheint es offenbar nicht hinreichend, daß nur der Inhalt derselben außer Zweifel gestellt werde, sondern es scheint auch zugleich dargethan werden zu müssen, daß die gesetzlichen Förmlichkeiten dabey beobachtet wurden; denn war z. B. das in Verlust gerathene Testament lediglich von dem Erblasser und keinem Zeugen unterfertiget, was nützt es, daß der Inhalt desselben durch die übereinstimmende Aussage dreyer fähiger Zeugen außer Zweifel gesetzt werde? — Indessen ist es auffallend, daß das Gesetz hier von diesem Beweise keine Erwähnung machet. Aus diesem Stillschweigen des Gesetzes ziehe ich die Folgerung, daß die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten bey der ursprünglichen Errichtung des in Verlust gerathenen Testamentes vorausgesetzt werde, und daher eines abgeson-

derten Beweises nicht bedürfe; sondern demjenigen, welcher für die Annulirung des Testamentes ein Interesse hat, obliege, entweder directe das Gegentheil zu erweisen, oder durch die an die Zeugen zu stellenden Fragstücke ihre Aussagen auch auf diesen Punct hinzulenken; wo es sich dann von selbst versteht, daß, wenn aus ihren Aussagen hervorgehen sollte, daß die gesetzlichen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden, die Wirksamkeit der letzten Anordnung zerfalle.

5) Eine weitere Frage entsteht hier, was dann Rechtens sey, wenn die Zeugen bloß einzelne Theile des Inhalts, nicht aber den ganzen Inhalt anzugeben im Stande sind? — Ich stimme denjenigen bey, welche behaupten, daß die Zeugen von dem ganzen Inhalte des Testamentes aussagen müssen, und kein Theil der letzten Anordnung in Wirksamkeit treten könne, wenn die Zeugen nicht von der ganzen letzten Anordnung Wissenschaft haben; weil sonst Personen Vortheile zugewendet werden könnten, die gar nicht in der Absicht des Testators lagen. Setzen wir z. B.: die Zeugen sagen aus, daß sie sich gut erinnern, daß der Erblasser den A als Universalerben eingesetzt habe; daß ihnen aber die übrigen Anordnungen nicht mehr im Gedächtnisse seyen. — Soll nun der A die Erbschaft ohne alle Lasten erhalten? während der Erblasser den eingesetzten Erben vielleicht am wenigsten bedenken, und sich durch die ihm aufgebürdeten Legate gegen Andere dankbar bezeigen wollte. — Wer den Willen des Erblassers nicht ganz, in allen seinen Theilen weiß, der kann über seinen wahren Willen keinen Aufschluß geben.

6) Bey einem gerichtlich hinterlegten schriftlichen Testamente ist der Verlust, noch weniger aber eine Verletzung der einzelnen Theile des Testamentes zu besorgen. Derjenige, dem die Aufbewahrung des Testamentes vermög seines Amtes anvertraut ist, ist dafür verantwortlich. Eine absichtliche Vertilgung desselben würde ihn des Verbrechens des Mißbrauches der Amtsgewalt schuldig machen [1]). — Würde das schriftliche gerichtliche Testament in Verlust gerathen, so wäre die Herstellung des Beweises des Inhaltes desselben äußerst schwierig, indem dasselbe

1) Strafgesetzbuch 1. Th. §. 86 lit. c.

versiegelt hinterlegt werden muß, und die Gerichtspersonen den Inhalt des Testamentes nicht zu wissen brauchen. — Sollte der Erblasser das Testament unversiegelt überreicht haben, und die Gerichtspersonen zufällig in die Kenntniß des Inhaltes desselben gekommen seyn, — so scheint nicht einmahl die Aussage des Richters und Actuars zu genügen, um über den Inhalt des Testamentes einen Beweis zu machen, eben darum, weil sie den Inhalt einzusehen nicht verpflichtet sind, und daher in Ansehung desselben keine größere Glaubwürdigkeit, als andere Zeugen verdienen. — Ja selbst bey mündlich gerichtlich errichteten Testamenten scheinet das Nähmliche behauptet werden zu müssen; denn das Vertrauen, welches in diesem Falle das Gesetz ihnen schenket, beruhet lediglich auf der pflichtmäßigen Erfüllung ihrer Amtshandlungen, und nicht auf der Treue ihres Gedächtnisses. Es liegt nicht in ihrer Amtspflicht, den Inhalt der letzten Anordnung in ihrem Gedächtnisse aufzubewahren, um über denselben seiner Zeit Auskünfte zu ertheilen. Kömmt es darauf an, so sind sie lediglich wie andere gemeine Zeugen zu behandeln. — Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß in dem Falle, als ein gerichtlich hinterlegtes Testament in der Folge verletzt gefunden, oder verletzt wird, der Beweis, daß die Verletzung oder der Verlust nicht in dem Willen des Erblassers gegründet war, wegfalle.

§. 723.

Hat ein Erblasser eine spätere Anordnung vernichtet, die frühere schriftliche Anordnung aber unversehrt gelassen, so kömmt die frühere schriftliche wieder zur Kraft. Eine mündliche frühere Anordnung lebt dadurch nicht wieder auf.

1) Hat der Erblasser eine spätere Anordnung errichtet, ohne die frühere zu vernichten, so wird nicht ungegründet vermuthet, daß er nicht ganz entschlossen war, von der ersteren abzugehen. Hat er daher die letztere wieder vertilgt, so ist anzunehmen, daß er die erstere wieder bey Kräften erhalten wollte.

2) Eine frühere letztwillige mündliche Anordnung läßt sich nicht vernichten; denn man kann das Geschehene nicht ungeschehen machen. Darum läßt sich der hier angegebene Grund auf eine frühere mündliche Willens-Erklärung nicht anwenden. Auch ist hier zu berücksichtigen, daß mündliche letzte Anordnungen meistens nur in einer nahen Todesgefahr errichtet, und von dem Erblasser, wenn er späterhin eine schriftliche errichtet, oft ganz vergessen werden.

3) Der Schlußsatz des gegenwärtigen §. muß auf außergerichtlich mündliche Anordnungen beschränkt werden; denn die oben Nr. 2 angeführte Begründung desselben passet auf mündliche gerichtliche Anordnungen nicht. Auch wird eben dadurch, daß über die mündliche Erklärung des Erblassers bey Gericht ein Protocoll aufgenommen, folglich eine Urkunde errichtet wird, die mündliche Erklärung des Erblassers gewissermaßen in eine schriftliche umwandelt.

§. 724.

Oder c) vermutheten Widerruf.

Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die Jemanden zugedachte Sache veräußert, und nicht wieder zurückerhalten, oder, wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Nahmen verliert.

§. 725.

Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtiget hat; wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen; wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist, so besteht das Legat.

1) Nun kömmt die Reihe an den vermutheten Widerruf eines Vermächtnisses. Ein solcher wird aus Handlungen,

die der Erblasser in Rücksicht der vermachten Gegenstände vorgenommen hat, geschlossen. Eine solche Handlung ist in Hinsicht auf eine vermachte Forderung (§. 664), wenn der Erblasser bey seiner Lebenszeit die Zahlung freywillig verlangt, und sie auch wirklich erhoben hat. Die erstere Bedingung ist nothwendig, weil nur daraus der freye Wille des Erblassers, die Forderung, mithin das Legat aufzuheben, geschlossen werden kann. — Wird der Schuldner aus eigenem Antriebe zur Zurückzahlung bestimmt, so kann aus der bloßen Annahme des Schuldbetrages von Seite des Gläubigers, auf dessen Willen das Legat aufzuheben, um so weniger geschlossen werden, als er die Annahme zu verweigern nicht berechtiget ist, oder wenigstens nicht füglich verweigern kann. Das zweyte Erforderniß ergibt sich aus der Betrachtung, daß eine noch nicht erhobene Forderung noch immer besteht, folglich der Gegenstand des Legates noch vorhanden ist, und dem Erblasser, wenn es sein ernstlicher Wille ist, das Legat aufzuheben, freysteht, dasselbe ausdrücklich zu widerrufen.

2) Aus der nähmlichen Betrachtung ist, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, das Legat einer bestimmten Sache des Erblassers für widerrufen anzusehen, wenn er sie veräußert, und hierdurch zu einer fremden Sache, deren Vermächtniß ungültig ist (§. 662), gemacht hat. Nur wenn der Erblasser die Sache (entgeldlich oder unentgeldlich) wieder empfangen und behalten hat, wird vermuthet, daß er das Legat wieder aufleben machen wolle. Aber auch im Falle einer Veräußerung hat die Vermuthung des Widerrufes nur dann Statt, wenn selbe freywillig geschieht; geschieht sie in Folge einer gerichtlichen Anordnung, so hat der Legatar auf den eingegangenen Preis Anspruch.

3) Das Vermächtniß einer einzelnen Sache wird auch dadurch widerrufen, daß der Erblasser sie in eine andere, der Form und dem Nahmen nach, verschiedene Sache umstaltet, z. B. aus dem legirten Bauholze Breter schneidet, aus dem Stücke Tuchs Kleider, aus der goldenen Dose Schnallen verfertigen läßt u. dgl., weil nun weder das vermachte Bauholz, oder Stück Tuch oder die goldene Dose vorhanden ist. Dagegen hört das Legat nicht auf, wenn die Sache salva substantia nur verändert worden ist, z. B. dem legirten Hause ein Stockwerk aufgesetzt, der alten goldenen Dose eine modernere Form gegeben wird u. s. w. Selbst eine wahre Umstaltung ist, in Uebereinstimmung mit den obgedachten zwey Fällen (Nr. 1 u. 2), für keinen Widerruf anzusehen, wenn sie ohne Auftrag oder Genehmigung des Erblassers mittelst eines Dritten (z. B. der Gattinn des Erblassers) oder durch einen Zufall, wodurch z. B. der vermachte Wein in

Essig überging, geschehen ist. In diesem Falle muß also das Vermächtniß in der Gestalt und Beschaffenheit, worin es sich jetzt befindet, entrichtet werden [1]).

4) Herr Hofrath von Zeiller bemerkt am Schlusse der Erläuterung dieses §., daß außer den vom Gesetze aufgestellten Vermuthungen noch andere, denselben gleich kommende, oder sich annähernde Vermuthungen eintreten; und daß bey diesen die Beurtheilung ihres Gewichtes, ob und wie fern derjenige, welcher selbe für sich anführt, sie mit noch anderen Beweismitteln unterstützen müsse, dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibe. — Allein da der §. 105 der G. O. die Regel aufstellt, daß Vermuthungen, welchen insbesondere durch das Gesetz keine Kraft beygelegt wird, von der Beweiseslast nicht befreyen, und da in diesen beyden §§. keine Andeutung zu finden ist, daß der Gesetzgeber von diesem Grundsatze in Bezug auf vorliegenden Gegenstand eine Aenderung machen, und das richterliche Befugniß weiter ausdehnen wollte; so kann ich mich dieser Ansicht nicht anschließen. — So z. B. stellt das preußische Landrecht [2]) in Bezug auf eine vermachte Forderung die Vermuthung auf, daß, wenn der Schuldner die Schuld zwar bezahlt, der Testator aber das von ihm empfangene Geld bis an seinen Tod besonders aufbewahrt hat, oder dasselbe sogleich in eben derselben oder einer minderen Summe wieder ausgeliehen hat, der Testator das Legat aufrecht erhalten wollte. Allein man würde sehr unrecht thun, diese Vermuthung auch nach österreichischem Rechte geltend zu machen. — Hat der Schuldner den Schuldbetrag freywillig bezahlt, ohne von dem Testator um die Zahlung angegangen worden zu seyn, so ist das Legat für keinen Fall als widerrufen anzusehen, der Testator mag das Geld aufbewahrt, selbes weiters ausgeliehen, oder zu einem anderen Zwecke verwendet haben. Hat aber der Testator das Geld vor dem Legatar eingetrieben, so ist wohl nicht anzunehmen, daß er dasselbe zu dem Zwecke aufbewahrt oder weiters ausgeliehen habe, um dasselbe nach seinem Tode wieder dem Schuldner zukommen zu machen.

§. 726.

3) Durch Entsagung der Erben.

Will oder kann weder ein Erbe noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen, so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen. Entsagen auch sie der Erb-

1) Siehe Zeillers Commentar.
2) 1. Th. 12. Tit. §§. 412 u. 413.

schaft, so werden die Legatare verhältnißmäßig als Erben betrachtet.

1) Eine letzte Anordnung wird endlich wenigstens in Hinsicht auf die Erbeseinsetzung aufgehoben, wenn weder ein Testamentserbe noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen kann oder will, oder in römischer Sprache, das Testament destituirt wird. — Das Erbrecht fällt dann auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen; denn der Erblasser würde, wenn er seinen Intestat-Erben den Nachlaß hätte hinterlassen wollen, ohne Zweifel die Erfüllung seiner übrigen Anordnungen ihnen auferlegt haben. Es wird also diese Verbindlichkeit den gesetzlichen Erben um so gegründeter auferlegt, als die Legatarien und von Todes wegen Beschenkte unter dem oft zufälligen Umstande, daß Jemand nicht Erbe seyn kann oder will, nicht leiden können.

2) Entsagen auch diese der Erbschaft, so werden, wie das Gesetz sagt, die Legatare verhältnißmäßig als Erben betrachtet. Dieser Fall wird in der Regel nur dann eintreten, wenn sich aus dem Stande der Verlassenschaft zeiget, daß nach Befriedigung sämmtlicher Verlassenschaftsgläubiger und Legatare keine reine Erbschaft mehr erübriget. — Darum verlangt auch das Gesetz von den Legataren keine Erklärung oder Erbschafts-Antretung; es wäre also in diesem Falle ein Curator der Verlassenschaft aufzustellen, welcher nach dem Hauptstücke über die Besitznehmung der Erbschaft, die zweckmäßigen Vorkehrungen, die Errichtung eines Inventariums, die Vorladung unbekannter Erben und der Gläubiger u. s. w. veranstaltete. Der nach Abzug der Erbschaftslasten übrig bleibende Nachlaß wird, wenn die Legatare nicht vollständig befriedigt werden können, vor allem zur Entrichtung des Unterhaltsvermächtnisses, wenn sich ein solches darunter befindet (§. 691), verwendet, der Rest aber nach Verhältniß dessen, womit sie bedacht worden sind, unter selbe vertheilet, und nach eben diesem Maßstabe können sie den nach ihrer vollen Befriedigung sich ergebenden Ueberschuß in Anspruch nehmen, und zwar dergestalt, daß selbst diejenigen, welchen bloß einzelne, bestimmte Sachen legirt worden sind, noch eine verhältnißmäßige Daraufzahlung an Geld erhalten.

3) Da die Worte des gegenwärtigen §. ausdrücklich nur für den Fall lauten, wenn die gesetzlichen Erben der Erbschaft entsagen, so kann dieser §. nicht auch auf den Fall ausgedehnt werden, wenn gar kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, oder wenn der vorhandene gesetzliche Erbe die Erbschaft nicht annehmen kann. Zwar ist auch diese Behauptung nicht über allen Zweifel erhoben. Man könnte für das Gegentheil an-

führen, daß der gegenwärtige §. sich der Worte bediene: „Entsagen auch sie der Erbschaft u. s. w.“ Durch das Nebenwort „auch“ scheint er nur anzudeuten, daß er bey den gesetzlichen Erben das gleiche Verhältniß voraussetze, welches bey den eingesetzten Testamentserben angenommen worden ist, und zwar um so mehr, als die gesetzlichen Erben aus einem zweyfachen Grunde der Erbschaft entsagen können, nähmlich aus gesetzlicher Nöthigung, und aus freyer Willkühr. Zudem redet der §. 760, welcher von Einziehung einer erblosen Verlassenschaft handelt, nichts von Entrichtung der Vermächtnisse, und es kann doch nicht angenommen werden, daß die Kammer berechtiget sey, auch den Legataren ihre zugedachten Antheile zu entziehen; daher scheint der §. 760 wirklich den Fall voraussetzen, daß auch keine Legatare vorhanden sind, welche einen Anspruch an die Verlassenschaft zu machen haben. — Allein es ist gegen dieses Räsonnement Folgendes zu erinnern: Man würde der Sprache einige Gewalt anthun, wenn man unter dem Ausdrucke „Entsagen“ auch den Fall subsumiren wollte, wo dem Erben eine Unfähigkeits-Ursache zur Last fällt, und es ist sehr begreiflich, daß hier der Erblasser zwischen der Unfähigkeit zu erben, und dem Nichtwollen einen Unterschied gemacht habe. — Es ist nähmlich nach dem natürlichen Gange der Dinge, wie bereits bemerkt worden ist, nicht vorauszusetzen, daß ein Erbe der Erbschaft unbedingt entsagen werde, wenn ihm dieselbe einige bedeutende Vortheile verspricht; entsagt daher der gesetzliche Erbe dem ihm zustehenden Erbrechte, so ist anzunehmen, daß die Verlassenschaft entweder überhaupt zur Befriedigung der Gläubiger oder Legatare nicht hinreiche, oder daß wenigstens ein so geringer Erbschaftsbetrag erübrige, daß es sich kaum der Mühe lohnet, die nöthigen Einschreitungen zur Ueberkommung der Erbschaft zu machen. Das Gesetz gönnt daher den Legataren, die im ersteren Falle ohnehin sich Abzüge gefallen lassen müssen, auch gerne die ihnen aus der Entsagung allenfällig, zufließenden wenigen Vortheile. Sind aber die Erben unfähig die Erbschaft anzutreten, so ist von der berührten Voraussetzung nicht auszugehen; es kann in diesem Falle eine beträchtliche Erbschaft erübrigen, auf welche die Legatare keinen gegründeten Anspruch machen können. — Wollte man überdieß den Ausdruck „Entsagen“ in dieser erweiterten Bedeutung nehmen, so könnte man die gegenwärtige Vorschrift doch nie auch auf den Fall ausdehnen, wenn gar kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, und doch ist es einerley, ob die gesetzlichen Erben bereits verstorben oder zu erben unfähig sind; für beyde Fälle gilt die Vorschrift des §. 760, auf dessen Erläuterung sich auch hier bezogen wird.

Verbesserungen.

S.	§.	N.	Zeile	ist zu lesen:	anstatt
6	532	3	11. v. u.	ist somit dieses	ist somit diese
10	534	—	14. v. o.	decedere	accedere
13	537	1	15. v. o.	das Object	die Object.
17	537	2	5. v. u.	todt zu halten sey. — — Da	todt zu halten sey. Da
28	540	—	7. v. o.	dessen Kinder,	dessen Kindern
34	542	2	16. v. o.	ihren Antheil	ihr Antheil
52	548	—	5. v. u.	sind,	und,
62	553	1	7. v. o.	Werden	Wird
77	562	1	17. v. o.	fällt	so fällt
81	564	3	1. v. u.	und seiner Ansicht	seiner Ansicht
102	573	3	15. v. u.	waren, müßten	sind? müßten
109	578	1	14. v. u.	hinreichend seyn	hinreichend
177	606	4	4. v. o.	substituirt ist,	substituirt
179	608	1	6. v. o.	ein Fideicommiß	in Fideicommiß
208	623	1	12. v. o.	bey den	beyden
252	640	2	7. v. v.	daß das Fideicommiß belastet werden	daß damit das Fideicommiß belastet werde
289	651	1	9. v. o.	dasselbe zur	zur
327	672	1	5. v. u.	für den Fall	auf den Fall
387	696	3	1. v. o.	in den Begriff	in dem Begriff.
404	700	5	14. v. u.	bemerkt, in	bemerkt in
—	—	—	6. v. u.	Unabelige zu heirathen	Unabelige, zu heirathen
427	715	1	1. v. u.	wird er	wiedet